

الوجيز

في فقه الإمام الشافعي

لِلْعَلَّامَةِ الْفَقِيهِ الْمُجْتَهِ أَبِي حَامِدٍ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ مُحَمَّدٍ الْغَزَالِيِّ
وُلِدَ سَنَةَ ٤٥٠ هـ وَتَوَفَّى سَنَةَ ٥٠٥ هـ
رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

تَحْقِيقُ

عَلِي بَرَعُوضٍ حَاضِرُ جَدِّ الْمُجْمُودِ

لِلْجُزْءِ الثَّانِي



جميع حقوق الطبع والصف والاخراج
محفوظة لـ :

شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع

هاتف: ٨٣٤٩٧٣/٤ - ص.ب. ٣٨٧٤
فاكس: ٦٠٣٠١٣ كود بيروت ٠٠٩٦١١ -



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ النِّكَاحِ (١)

وَالنَّظَرُ فِي خَمْسَةِ أَقْسَامٍ:

(الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: فِي الْمُقَدِّمَاتِ)، وَهِيَ خَمْسٌ: (الْأُولَى) خَصَائِصُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

(١) النِّكَاحُ فِي اللُّغَةِ: الضَّمُّ والتَّداخُلُ، وَمِنْهُ نَكَحْتُ الْبَرَّ فِي الْأَرْضِ، إِذَا حَرَّثْتُهَا وَبَذَرْتُهَا فِيهَا، وَنَكَحَ الْمَطَرُ الْأَرْضَ إِذَا خَالَطَ ثَرَاهَا، وَنَكَحَتِ الْحَصَى أَخْفَاقَ الْإِبِلِ إِذَا دَخَلَتْ فِيهَا، وَيَكُونُ التَّداخُلُ حَسِيًّا، كَمَا ذَكَرَ، وَمَعْنَوِيًّا كَنَكَحِ النَّعَّاسِ الْعَيْنَ.

وَيُطْلَقُ فِي اللُّغَةِ عَلَى الْوِطْءِ حَقِيقَةً، وَعَلَى الْعَقْدِ مُجَازًا. قَالَ الْمَطْرُزِيُّ وَالْأَزْهَرِيُّ هُوَ الْوِطْءُ حَقِيقَةً، وَمِنْهُ قَوْلُ الْفَرَزْدَقِ: [بَحْرُ السِّیْطِ]

ذَا سَقَى اللَّهُ قَوْمًا صَوْبَ غَادِيَةٍ فَلَا سَقَى اللَّهُ أَرْضَ الْكُوفَةِ الْمَطَرَا
التَّارِكِينَ عَلَى طَهْرِ نِسَاءَهُمْو وَالنَّائِكِينَ بِشَطْطِي دَجَلَةَ الْبَقَرَا
وهو مجاز في العقد؛ لأن العقد فيه ضم، والنكاح هو الضم حقيقة.

قال الشاعر: [الطويل]

صَمَنْتُ إِلَى صَدْرِي مُعْطَرٌ صَدْرَهَا كَمَا نَكَحْتُ أُمَّ الْغُلَامِ حَبِيهَا
أي: كما ضمت، أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل: إنه حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

وقيل: هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكاً لفظياً، ويتعين المقصود بالقرائن، فإذا قالوا: نكح فلان بنت فلان أو أخته، أرادوا تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء؛ لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد ومن هنا نشأ الاختلاف بين الفقهاء، هل النكاح حقيقة في الوطء والعقد أو هو حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر؟ فذهب جماعة إلى القول بأن لفظ النكاح مشترك بين الوطء والعقد، فيكون حقيقة فيهما.

ودليلهم على هذا أنه شاع الاستعمال في الوطء تارة، وفي العقد تارة أخرى بدون قرينة، والأصل في كل ما استعمل في شيء أن يكون حقيقة فيه، إما بالوضع الأصلي، أو بعرف الاستعمال، فالقول بالمجازية فيهما، أو في أحدهما خلاف الأصل.

وقد قال بعض الحنابلة: الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعاً، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله تعالى: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ».

وذهب الشافعية والمالكية، وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

وذهب الحنفية إلى العكس

والقول بأن النكاح حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر أولى من الذهاب إلى الاشتراك اللفظي، وذلك لما هو متقرر في كتب الأصول، من أنه إذا دار لفظ بين الإشتراك والمجاز، فالمجاز أولى، لأنه أبلغ وأغلب.

والمشترك يخل بالأفهام عند خفاء القرينة عند من لا يجيز حملهُ على معانيه، بخلاف المجاز، فإنه عند خفاء القرينة يحمل على الحقيقة، فكونه حقيقة في أحدهما، مجازاً في الآخر أولى.

ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، وذلك أولاً: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة، حتى قيل: أنه لم يرد في القرآن إلا للعقد، ولا يرد قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا، فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت بالسنة وذلك للحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بت طلاقها، وتزوجها عبدالرحمن ابن الزبير، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عُسَيْلَتَهُ، ويذوق عُسَيْلَتِكَ، فيكون معنى قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ حتى تتزوج، ويعقد عليها، وقد بينت السنة أنه لا بد مع العقد من ذوق العُسَيْلَةِ.

وثانياً: أنه يصح نفي النكاح عن الوطء، فيقال: هذا الوطء ليس نكاحاً، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء، لما صح نفيه عنه.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوء الأب من الزنا، فلما كان النكاح عند الحنفية حقيقة في الوطء الشامل للوطء الحلال والحرام، قالوا بِحُرْمَةِ موطوء الأب من الزنا، ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا: لا تحرم موطوء الأب من الزنا. وعرفه الشافعية بقولهم: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما - فقولهم: «عقد» جنس في التعريف، وقولهم: «يتضمن إباحة وطء» خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها. وقولهم: «بلفظ الإنكاح والتزويج» خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك.

وعرفه العلامة الدردير رحمه الله في «أقرب المسالك» حيث قال: هو عقد لحل تمتع بأثنى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.

فالعقد مصدر عقد، أي: تمسك وتوثق، والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر، أي ارتباط كلام الزوج بكلام وَلِيِّ الزوجة، على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً يستعقب أحكامه. وقوله «عقد» جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود.

وقوله «لحل تمتع» الخ.. علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، ومنه شراء الأمة للتلدُّ بها؛ إذ ليس الأصل فيه حل التمتع بخصوصه، بل الانتفاع العام وملك الرقبة.

وخرج بقوله «غير محرم ومجوسية وأمة كتابية» المحرم بنسب أو رضاع أو صهر، والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن، ولا يقال: إن هذا التعريف غير مانع؛ لأنه يدخل فيه المُلَاعَنَةُ والمَتَوَتَةُ والمعتدة من الغير المحرمة بحج أو عمرة؛ لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي، وأما الملاعة، وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارئ بعد الحل بخلاف المحرم والمجوسية والأمة الكتابية، فإن مانعهن ذاتي لا عرضي وقوله: «بصيغة» متعلق بعقد، وهو من تمام التعريف؛ لأن الصيغة أحد أركان النكاح وقد عرفه الكمال بن الهمام من الحنفية بقوله: عقد وضع لتملك المتعة بالأثنى قصداً فقوله: «عقد» جنس في التعريف يشمل سائر العقود.

وقوله: «ومنع لتملك المتعة بالأثنى» يخرج به العقد على المنافع كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع والهبة، والمراد: وضع الشارع لا وضع المتعاقدين.

وقوله: «قصداً» يحترز به عن عقد تملك به المتعة ضمناً كما في البيع والهبة، لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمناً إذا لم يوجد ما يمنعه.

وعرفة الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قَصْدًا

وعرفه الحنابلة بأنه: عَقْدُ التزويج، فهو حقيقة من العقد، مجاز في الوَطءِ على الصحيح.

ينظر الصحاح ٤١٣/١، لسان العرب ٦٢٥/٢، المصباح المنير ٩٦٥/٢، القاموس المحيط ٢٦٣/١، معجم مقاييس اللغة ٤٧٥/٥، المطلع ٣١٨.

وينظر تبیین الحقائق ٩٤/٢، بدائع الصنائع ١٣٢٤/٣ منح الجليل ٢٣/٢، الفواكه الدواني ٢١/٢، الكافي ٥١٩/٢، الانصاف ٢٤/٨، المغنى ٣/٧.

والدليل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع أمّا الكتابُ: فقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ ووجه الدلالة فيهما أن الله تعالى أمر فيهما بالنكاح، فدلّ ذلك على مشروعيته؛ إذ لو لم يكن مشروعاً لما أمر به الله.

وأما السُّنَّةُ: فقولهُ صلى الله عليه وسلم: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مِنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ وَاحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيُصُمْ فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءٌ» وهو سُنَّةٌ من سنن الرسول صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «النِّكَاحُ سُنَّةٌ فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي». بل هو سُنَّةٌ من سُنَنِ الأنبياء السابقين قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾ وقد كان الأنبياء عليهم الصلاة والسلام أعظم قدرة للخلق في الزواج، كما في غيره من الأفعال المحمودة، فأكدوا على الزَّوَاجِ وأوصَوْا بِهِ، ولم يذكر المؤرخون أن أحداً من الأنبياء عاش بلا زَوْاجٍ سوى يحيى وعيسى عليهما وعلى نبينا أفضل السلام.

وقَدْ قِيلَ إن السبب في عدم زواج عيسى عليه السلام فساد نساء بنى إسرائيل في زمنه، فلم يجد فيهن امرأةً صالحةً تَلِيقَ لِعِشْرَتِهِ لأنه بعث في زمن انحطاط بني إسرائيل.

حِكْمَةُ مَشْرُوعِيَّتِهِ: شرع الله سبحانه وتعالى النِّكَاحَ لحكم كثيرة، ومصالح جمّة، ومنافع عديدة، من ذلك أن إرادة الله اقتضت أن يكون النوع الإنساني خليفته في الأرض لإصلاحها، وإقامة، الشرائع فيها، وهذه الأغراض التي أحَبَّها الله، وأحب أن تكون لا يمكن أن تتحقق إلّا إذا بُنِيَتْ عَلَى أُسُسٍ مَتِينَةٍ، ودعائم قوية ثابتة، ألا وهي النكاح، فإنَّ النسل يمكن أن يوجد يمجّد اجتماع الرجل بالمرأة بأي طريقة كانت، ولكن مثل هذا النسل لا يمكن أن يكون صالحاً لإصلاح الأرض، وعمارتها، فإنَّ السُّلَّ الصالح لا يوجد إلّا بالنكاح.

أضف إلى ذلك أن النكاح يكسب الرجل أولاداً إذا قام بتعليمهم، وتربيتهم كانوا له قرة عين في حياته، وذكرًا حَسَنًا بعد وفاته، فالأولاد هم مُنْعَةُ النَّفْسِ وَزِينَةُ الْحَيَاةِ قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ فإذا مات الرجل، فقد خلف من بعده من يحمل اسمه، ويدعو له بخير، ولذلك جاء في الخبر: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ وَذَكَرَ مِنْهَا الْوَلَدُ الصَّالِحُ؛ ثُمَّ إِنْ النِّكَاحُ هُوَ الْوَسِيلَةُ الَّتِي تَجْمَعُ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، فيكون ذلك سبباً لاستكمال القصص الذي يوجد عند المرأة، إذ من المَعْرُوفِ أَنَّ الْمَرْأَةَ ضَعِيفَةٌ لَا يُمْكِنُ أَنْ تَحْمِلَ مَا يَحْتَمِلُهُ الرَّجُلُ مِنَ الْأَعْمَالِ الشَّاقَةِ، فهي في حاجةٍ إلى رجلٍ يعينها على كسب عيشها، ويعمل على صيانتها من التهلكة والابتذال، كما أَنَّ الرَّجُلَ في حاجةٍ إلى امرأةٍ تعمل على صيانة ماله، وتدير أمور منزله، وتفرج عنه متاعب الحياة، ولا يكون ذلك إلّا من امرأة

وَقَدْ خُصَّ مِنَ الْوَاجِبَاتِ بِالضُّحَى، وَالْأَضْحَى (و)، وَالْوَتْرِ (ح)، وَالتَّهَجُّدِ (و)، وَالسَّوَاكِ (ح)، وَتَخْيِيرِ نِسَائِهِ (و) بَيْنَ اخْتِيَارِ زِينَةِ الدُّنْيَا أَوْ اخْتِيَارِهِ، وَمِنْ اخْتَارَتْهُ، هَلْ يَحْرُمُ طَلَّاقُهَا؟ فِيهِ خِلَافٌ (و).

(وَأَمَّا الْمُحَرَّمَاتُ)، فَقَدْ حُرِّمَ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَأَكْلُ الثَّوْمِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَالْأَكْلُ مُتَكَيِّفٌ عَلَى وَجْهِ، وَإِمْسَاكُ مَنْ كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، وَنِكَاحُ الْحُرَّةِ الْكِتَابِيَّةِ وَالْأَمَةِ؛ عَلَى وَجْهِ.

(أَمَّا التَّخْفِيفَاتُ)، فَقَدْ أُجِلَّ لَهُ الْوِصَالُ، وَصَفِيَّةُ الْمَغْنَمِ، وَالْأَسْتِثْنَادُ بِالْخُمْسِ، وَدُخُولُ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَجَعْلُ مِيرَاثِهِ صَدَقَةً، وَالزِّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَى التَّسْعِ خِلَافٌ، وَكَذَا فِي انْحِصَارِ طَلَّاقِهِ فِي الثَّلَاثِ، وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُهُ بِلَفْظِ الْهَبَةِ، وَبِغَيْرِ مَهْرٍ، وَإِذَا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَى أَمْرَأَةٍ، فَرَغَبَ فِيهَا، وَجَبَ عَلَى الزَّوْجِ طَلَّاقُهَا لِنِكَاحِهَا، وَفِي انْعِقَادِ نِكَاحِهِ بِغَيْرِ وَلِيِّ وَشُهُودٍ، وَفِي الْإِحْرَامِ خِلَافٌ (و)، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَسَمُ فِي زَوْجَاتِهِ^(١)، وَنِسَاؤُهُ بَعْدَ وفاته مُحَرَّمَاتٌ عَلَى غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُنَّ أُمَّهَاتُ الْمُؤْمِنِينَ، وَمُطْلَقَتُهُ الْمَدْخُولُ بِهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَى غَيْرِهِ، وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا مُحَلَّلَةٌ.

(الثَّانِيَةُ): يُسْتَحَبُّ النِّكَاحُ لِمَنْ تَأَقَّتْ نَفْسُهُ إِلَيْهَا، وَمَنْ لَا، فَالْعِبَادَةُ لَهُ أَوْلَى (ح)، وَأَحَبُّ الْمُنْكَوْحَاتِ الْبِكْرُ الْوَلُودُ النَّسِيبَةُ الَّتِي لَيْسَتْ لَهُ قَرَابَةٌ قَرِيبَةً الْمَنْظُورُ (و) إِلَيْهَا قَبْلَ النِّكَاحِ؛ فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَّمَ بَيْنَهُمَا.

(الثَّالِثَةُ) النَّظَرُ إِلَيْهَا، إِذَا تَحَقَّقَتِ الرَّغْبَةُ فِي نِكَاحِهَا، وَنَحْنُ نَتَعَرَّضُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لِأَحْكَامِ النَّظَرِ جُمْلَةً، وَلَا يَنْظُرُ (ح م و) إِلَّا إِلَى وَجْهِهَا، وَلَا يَخْتَاجُ إِلَى إِذْنِهَا (م)، وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَى شَيْءٍ مِنْ بَدَنِ الْمَرْأَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ النَّاطِرُ صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ مَمْلُوكًا (ح و) لَهَا، أَوْ كَانَتْ صَبِيَّةً (و)، أَوْ رَقِيقَةً (و)، أَوْ مُحَرَّمًا، فَلْيَنْظُرْ إِلَى الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ فَقَطْ، وَالْعَوْرَةُ مِنَ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتَيْهِ فَقَطْ^(٢) (و)، وَيُبَاحُ نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، وَالْمَرْأَةِ إِلَى الْمَرْأَةِ، وَالْمَرْأَةُ إِلَى الرَّجُلِ عِنْدَ الْأَمَنِ

= تربطه بها صلة النكاح القوية التي سمّاها الله تعالى في كتابه العزيز ميثاقاً غليظاً حيث قال: «وَآخِذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً».

وزيادة على ذلك فَإِنَّ النِّكَاحَ وسيلة إلى ارتباط الأسر، واتِّحَادِهَا، وإزالة ما بينها من أسباب العداوة والبغضاء، فكم من أسرتين كانت العداوة قائمة بينهما، ثُمَّ بفضل الزواج انقلبت تلك العداوة إلى محبة، فالنكاح ليس صلة بين الزوجين فحسب، بل هو صلة من الزوجين إلى أسرتهما ومعارفهما، فيكون ذلك حلقة واسعة واتحاد الأمة، ولذلك نجد الله تعالى يمتن على عباده بالزواج، فيقول: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً».

(١) قال الرافعي: «ولم يجب عليه القسم في زوجاته» هذا وجه، والأظهر عند أكثرهم أنه كان واجباً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «إِلَّا إِذَا كَانَ النَّاطِرُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ مَمْلُوكًا لَهَا، أَوْ كَانَتْ رَقِيقَةً أَوْ صَبِيَّةً أَوْ مُحَرَّمًا فَيَنْظُرُ إِلَى الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ فَقَطْ» الحكم بأنه لا ينظر في هذه الصورة إِلَّا إِلَى الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ خِلَافَ ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ =

مِنَ الْفِتْنَةِ إِلَّا مَا بَيْنَ الشَّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ، وَالْعُضُوُّ الْمُبَانُ كَالْمُتَّصِلِ بِهِ، وَالنِّكَاحُ وَالْمِلْكُ يُبَيِّحَانِ النَّظَرَ إِلَى السَّوَاءَتَيْنِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَعَ كَرَاهَتِهِ، وَالْمَسُّ كَالنَّظَرِ، وَهُمَا مُبَاحَانِ لِحَاجَةِ الْمُعَالَجَةِ، وَلَكِنَّ النَّظَرَ إِلَى السَّوَةِ لِحَاجَةِ مُؤَكَّدَةٍ، وَيُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَرْأَةِ؛ لِتَحْمِلِ الشَّهَادَةَ، وَإِلَى الْفَرْجِ لِتَحْمِلِ (و) شَهَادَةَ الزَّانَا^(١).

(الرَّابِعَةُ): الْخُطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ^(٢)، وَالتَّضَرُّعُ بِخُطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ حَرَامٌ، وَالتَّغْرِیْضُ جَائِزٌ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَحَرَامٌ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَفِي عِدَّةِ الْبَائِنِ وَجْهَانِ^(٣)، وَيَحْرُمُ الْخُطْبَةُ عَلَى خُطْبَةِ الْغَيْرِ بَعْدَ الْإِجَابَةِ، وَالشُّكُوتُ كَالِإِجَابَةِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَيَجُوزُ الصَّدْقُ فِي ذِكْرِ مَسَاوِي الْخَاطِبِ؛ لِيُخَذَرَ.

(الْخَامِسَةُ): يُسْتَحَبُّ الْخُطْبَةُ عِنْدَ الْخُطْبَةِ، وَعِنْدَ الْعَقْدِ، وَحَسَنٌ أَنْ يَقُولَ الْوَلِيُّ: الْحَمْدُ لِلَّهِ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ، زَوْجْتُ، وَيَقُولُ الزَّوْجُ مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَقْبَلُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ لَا يَضُرُّ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي فِي الْأَرْكَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ الصَّيْغَةُ)، وَهِيَ الْإِنْكَاحُ وَالتَّزْوِيجُ، وَلَا يَقُومُ (ح م و) غَيْرُهُمَا مَقَامَهُمَا إِلَّا تَرَجَّحَتْهُمَا (و)، بِكُلِّ لِسَانٍ فِي حَقِّ الْقَادِرِ وَالْعَاجِزِ جَمِيعًا، وَلَا يَنْتَعِدُ النِّكَاحُ بِالْكِنَايَةِ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ لَا يَعْلَمُ النِّيَّةَ، وَلَا يَتَّبِعُ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ الْمُخَاطَبَ لَا يَعْلَمُ^(٤)، وَيَصِحُّ الطَّلَاقُ وَالْإِبْرَاءُ وَالْفَسْخُ وَمَا يَسْتَقِلُّ بِهِ، وَهَلْ يَكْفِي أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ: قَبِلْتُ، أَوْ لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٥)، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْتَعِدُ بِالِاسْتِجَابِ وَالِإِجَابِ وَالْخُلْعِ وَالطَّلْعِ عَنِ دَمِ الْعَمْدِ وَالْكِتَابَةِ أَوَّلَى بِالْإِنْعِقَادِ، وَفِي الْبَيْعِ قَوْلَانِ.

وَقِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ فِي الْجَمِيعِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ^(٦).

وَلَا يَقْبَلُ النِّكَاحُ التَّغْلِيقَ، فَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ وَلَدِي أُتْنَى، فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، لَمْ يَصَحَّ (و)^(٧)، وَإِنْ كَانَتْ أُتْنَى، وَلَوْ قَالَ زَوَّجْتُكَ أُبْنَتِي، عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي أُبْنَتَكَ، وَيَضَعُ كُلُّ وَاحِدٍ صَدَاقَ الْأُخْرَى، لَمْ

= أما في الممسوح ومملوك المرأة فإذا جوزنا النظر كان كالنظر إلى المحارم، وأما [في] الصبية، فمن جوز النظر عممه في جميع أعضائها سوى الفرج، وأما في المحرم فلا خلاف في جواز النظر إلى ما يبدو عند المهنة، والأصح فيما سواه الجواز أيضاً، إلا فيما بين السرة والركبة، وللريقة كالمحرم. [ت]

(١) قال الرافعي: «ويباح النظر إلى وجه المرأة لتحمل الشهادة، وإلى الفرج لتحمل شهادة الزنا» معاذ في الشهادات مع زيادات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «الخطبة مستحبة» لا يكاد يوجد التعرض في كتب الأصحاب. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وفي عِدَّة البائنة وجهان» المشهور قولان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولا ينتعد النكاح بالكناية... إلى قوله: لأن المخاطب لا يعلم» قد سبق هذا في أول البيع. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وهل يكفي أن يقول الزوج: قبلت، أو لا بد أن يقول: قبلت نكاحها؟ فيه وجهان»، المشهور قولان. [ت]

(٦) قال الرافعي: «والأصح أنه ينتعد النكاح بالاستيجاب والإيجاب... إلى قوله: وهو القياس» قد مرَّ في البيع طرف من الكلام في الإستيجاب والإيجاب في البيع والنكاح معاً. [ت]

(٧) في أ: (ح)

يَصِحَّ (ح)؛ لَأَنَّهُ الشُّغَارُ الْمَنْهِيُّ عَنْهُ^(١)؛ وَلَأَنَّهُ إِشْرَاكَ فِي الْبُضْعِ، فَإِنْ تَرَكَ جَعَلَ

(١) قال الرافعي: «لأنه الشُّغَارُ المنهِي عنه»

روى الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «نهى عن الشُّغَارِ». والشُّغَارُ أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق وأخرجه البخاري عن عبدالله بن يوسف، ومسلم عن يحيى بن يحيى عن مالك. [ت]

النهي عن نكاح الشغار ورد عن ابن عمر وأبي هريرة وأنس وجابر ومعاوية وعمران بن حصين وأبي بن كعب وعبدالله بن عمرو بن العاص وسمرة ووائل بن حجر وابن عباس.

أما حديث ابن عمر فأخرجه مالك (٥٣٥/٢) كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من النكاح، الحديث (٢٤). وأحمد (٦٢/٢). والبخاري (١٦٢/٩) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٥١١٢). ومسلم (١٠٣٤/٢) كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار الحديث (١٤١٥/٥٧). والدارمي (١٣٦/٢) كتاب النكاح باب النهي عن الشغار. وأبو داود (٥٦٠/٢) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٢٠٧٤) والترمذي (٤٣١/٣، ٤٣٢) كتاب النكاح، باب النهي عن نكاح الشغار الحديث (١١٢٤) والنسائي (١١٠/٦) كتاب النكاح، باب الشغار. وابن ماجه (١٠٦/١) كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار، الحديث (١٨٨٣). وعبد الرزاق (١٨٤/٦) رقم (١٠٤٣٣). والشافعي في «الأم» (٧٦/٥) كتاب الشغار. وابن الجارود (٧١٩، ٧٢٠). وأبو يعلى (١٦٩/١٠) رقم (٥٧٩٥). وابن حبان (٤١٦٠ - الإحسان). وأبو نعيم في «الحلية» (٣٥١/٦). والبيهقي (٩٩/٧) كتاب النكاح، باب الشغار كلهم من طريق نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار. قال نافع والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

حديث أبي هريرة.

أخرجه أحمد (٤٣٩/٢). ومسلم (١٠٣٥/٢) كتاب النكاح باب تحريم نكاح الشغار، الحديث (١٤١٦/٦١). والنسائي (١١٢/٦) كتاب النكاح - باب تفسير الشغار. وابن ماجه (٦٠٦/١) كتاب النكاح - باب النهي عن الشغار الحديث (١٨٨٤). والبيهقي (٢٠٠/٧) كتاب النكاح - باب الشغار عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار والشغار أن يقول الرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني اختك وأزوجك اختي ولفظ النسائي نهى عن الشغار قال عبيدالله: والشغار كان الرجل يزوج ابنته على أن يزوجه اخته.

وحديث أنس

أخرجه عبد الرزاق (١٨٤/٦) الحديث (١٠٤٣٤) وأحمد (١٦٥/٣) والنسائي (١١١/٦) كتاب النكاح - باب الشغار. وابن ماجه (٦٠٦/١) كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار الحديث (١٨٨٥). والبيهقي (٢٠٠/٧) كتاب النكاح - باب الشغار. وابن حبان (١٢٦٩ - موارد) بلفظ «لا شغار في الإسلام».

حديث جابر

أخرجه مسلم (١٠٣٥/٢) كتاب النكاح - باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه - الحديث (١٤١٧/٦٢). والبيهقي (٢٠٠/٧) كتاب النكاح - باب الشغار. - وأحمد (٣٢١/٣، ٣٣٩) قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار.

حديث معاوية

= أحمد (٩٤/٤). وأبو داود (٥٦١/٢) كتاب النكاح باب في الشغار - الحديث (٢٠٧٥). والبيهقي (٢٠٠/٧) كتاب النكاح - باب الشغار - من طريق محمد بن اسحاق ثنا عبد الرحمن بن هرمز الأعرج أن العباس بن عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وانكحه عبد الرحمن ابنته وقد كان جعلاه صداقاً فكتب معاوية إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم.

حديث عمران بن حصين

أحمد (٤٤٣/٤)، والترمذي (٤٣١/٣) كتاب النكاح - باب النهى عن نكاح الشغار - الحديث (١١٢٣). والنسائي (١١١/٦) كتاب النكاح - باب في الشغار -. وابن حبان (١٢٧٠ - موارد) بلفظ لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام ومن انتهب نهبه فليس منا.

وقال الترمذي؛ حسن صحيح

حديث أبي بن كعب

أخرجه الطبراني في «الصغير» (١٥٨/١) من طريق يوسف بن خالد السمتي عن موسى بن عقبة عن اسحاق بن يحيى بن الوليد بن عباد بن الصامت عن أبي بن كعب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا شغار في الإسلام قالوا: يا رسول الله وما الشغار قال: نكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما. وقال الطبراني: لم يروه عن موسى بن عقبة إلا يوسف ولا يروى عن أبي بن كعب إلا بهذا الاسناد. وذكره الهيثمي في «المجمع» (٢٦٩/٤) وقال: رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه يوسف بن خالد السمتي ضعيف والسند أيضاً منقطع أ.هـ.

ويوسف بن خالد السمتي كذاب

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص

أخرجه أحمد (٢١٥/٢). من طريق ابن اسحاق حدثني عبد الرحمن بن الحارث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شغار في الإسلام قال الهيثمي في «المجمع»: (٢٦٩/٤): رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح خلا ابن اسحاق وقد صرح بالحديث.

حديث سمرة

أخرجه البزار (١٦٦/٢ - كشف) رقم (١٤٣٩) ثنا خالد بن يوسف ثنا أبي يوسف؛ يوسف بن خالد ثنا جعفر بن سعد بن سمرة ثنا خبيب بن سليمان عن أبيه سليمان بن سمرة عن سمرة بن جندب فذكر أحاديث بهذا ثم قال وبإسناده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن الشغار بين النساء. وقال الهيثمي في «المجمع» (٢٦٩/٤): رواه البزار والطبراني وإسنادهما ضعيف.

حديث وائل بن حجر

أخرجه البزار (١٦٦/٢ - كشف) رقم (١٤٤٠) من طريق سعيد بن عبد الجبار بن وائل بن حجر عن أبيه عن أمه عن وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار. وقال الهيثمي في «المجمع» (٢٦٩/٤): رواه البزار وفيه سعيد بن عبد الجبار ضعفه النسائي.

حديث ابن عباس

أخرجه الطبراني كما في «المجمع» (٢٧٠/٤) عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ليس منا من يتنهب ولا شغار في الإسلام» والشغار: أن تنكح المرأة إن أحدهما بالأخرى بغير صداق

البُضْعُ صَدَاقًا، فِيهِ الصُّحَّةُ وَجَهَانٌ، وَلَا يَجُوزُ (م) تَأْقِيتُ النِّكَاحِ، وَهُوَ الْمُتْعَةُ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المَحَلُّ)؛ وَهِيَ الْمَرْأَةُ الْخَلِيَّةُ عَنِ الْمَوَانِعِ؛ مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مُنْكَوحَةً الْغَيْرِ، أَوْ مُزْتَدَّةً، أَوْ مُعْتَدَةً^(١)، أَوْ مُحْوسِيَّةً، أَوْ زَنَدِيقَةً، أَوْ كِتَابِيَّةً بَعْدَ الْمَبْعَثِ، أَوْ رَقِيقَةً، (ح) وَالتَّائِيحُ قَادِرٌ عَلَى حُرَّةٍ، أَوْ مَمْلُوكَةٍ التَّائِيحُ بَعْضُهَا أَوْ كُلُّهَا، أَوْ مِنَ الْمَحَارِمِ، أَوْ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ، أَوْ تَخْتَهُ مَنْ لَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، أَوْ مُطْلَقَةً ثَلَاثًا، لَمْ يَطَّأَهَا زَوْجٌ آخَرُ، أَوْ مُلَاعِنَةً (ح)، أَوْ مُحْرَمَةً (ح) بِحَجٍّ أَوْ عُمَرَةٍ، أَوْ ثِيَابًا صَغِيرَةً (ح)، أَوْ يَتِيمَةً (ح)، أَوْ زَوْجَةً رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٢).

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ): الشُّهُودُ (م)، فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ إِلَّا بِحَضْرَةِ عَدْلَيْنِ (م) مُسْلِمَيْنِ (ح) حُرَّيْنِ بِالْغَيْنِ سَمِيعَيْنِ بَصِيرَيْنِ ذَكَرَيْنِ (ح)^(٣) مَقْبُولِي الشَّهَادَةِ لِلزَّوْجَيْنِ وَعَلَيْهِمَا، لَيْسَا بِعَدُوَّيْنِ وَلَا أَبْنَيْنِ وَلَا أَبَوَيْنِ لِهَمَّا، وَيَكْفِي حُضُورُ مَسْتُورِي الْعَدَالَةِ دُونَ مَسْتُورِي الرِّقِّ فَإِنْ بَانَ كَوْنُهُ فَاسِقًا عِنْدَ الْعَقْدِ، تَبَيَّنَ الْبُطْلَانُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يُبَيَّنُّ بِحُجَّةٍ، أَوْ تَذَكَّرَ أَنَّهُ فَاسِقٌ، لَا بِاغْتِرَافِ الْمَسْتُورِ، فَإِذَا عَرَفَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فَسَقَهُ عِنْدَ الْعَقْدِ، لَمْ يَنْعَقِدْ، فَإِنْ أَقَرَّ الزَّوْجُ بِأَنَّهُ عَرَفَ فَسَقَهُ، وَأَنْكَرَتْ، بَانَ مِنْهُ، وَوَجَبَ شَطْرُ الْمَهْرِ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الْمَسِيسِ، وَتَوَبُّهُ الْمُغْلِنِ عِنْدَ الْعَقْدِ تُلْحِقُهُ بِالْمَسْتُورِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْعَاقِدُ)، وَهُوَ الْوَلِيُّ وَالزَّوْجُ؛ إِذْ لَا عِبَارَةَ (ح م) لَهَا فِي شِقِّي عَقْدِ النِّكَاحِ وَكَالَّةً، وَوِلَايَةً، وَاسْتِفْلَالًا، مِنْ كُفٍّ وَغَيْرِ كُفٍّ، دَنِيَّةً كَانَتْ أَوْ شَرِيفَةً، وَإِقْرَارُ الْبَالِغَةِ مَقْبُولٌ (و م) فِي الْجَدِيدِ إِنْ أَضَافَتْ التَّزْوِيجَ إِلَى الْوَلِيِّ وَصَدَّقَهَا^(٤)، فَإِنْ لَمْ تُصَفِّ إِلَيْهِ وَكَذَّبَهَا، فَفِيهِ خِلَافٌ (و)، وَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ غَائِبًا، سَلَّمَتْ فِي الْحَالِ إِلَى الزَّوْجِ لِلضَّرُورَةِ، وَإِقْرَارُ الْوَلِيِّ الْمُجْبِرُ نَافِذٌ إِذَا أَقَرَّ فِي حَالِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْإِجْبَارِ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ بِالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ، وَلَا حَدٌّ لِلشُّبْهَةِ (و)، وَلَا يُنْقَضُ (و) قَضَاءُ الْحَنْفِيِّ بِصِحَّةِ هَذَا النِّكَاحِ.

= وقال الهيثمي: رواه الطبراني، وفيه أبو الصباح عبد الغفور وهو متروك.

(١) قال الرافعي: «المرأة الخلية عن الموانع مثل أن تكون منكوحه الغير أو معتدة إلى آخر الفصل...» هي

تراجم وسيعود إلى التفصيل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أو زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم» هذا قد مرّ القول في تحريمها. [ت]

(٣) في أ: (م).

(٤) قال الرافعي: «وإقرار البالغة مقبول إن أضافت التزويج إلى الولي وصدقها» قضية اعتبار التصديق لقبول الإقرار والمفهوم مما أجراه الأئمة أنه يكفي ألا يكذبها، فإن كذب ففيه الخلاف. [ت]

وَفِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْأُولِيَاءِ بَابَانِ: (البَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْأُولِيَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ ثَمَانِيَّةٌ):

(الفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي أَسْبَابِ الْوِلَايَةِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ) الْأَبَوَةُ (و م)، وَفِي مَعْنَاهَا الْجُدُودَةُ، وَتُفِيدُ وِلَايَةَ الْإِجْبَارِ عَلَى الْبِكْرِ، وَإِنْ كَانَتْ بِالِغَا (ح و)، لَا عَلَى النَّيِّبِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً (ح)، سَوَاءً ثَابِتٌ بِالزَّنَا (م ح و)، أَوْ بِوَطْءِ حَلَالٍ، وَلَا أَثَرَ (و) لِزَوَالِ الْجُلْدَةِ بِالسَّقَطَةِ (و)، وَلَوْ أَلْتَمَسَتْ الْبِكْرُ الْبَالِغَةَ التَّزْوِيجَ، وَجَبَتْ (و) الْإِجَابَةُ، وَإِنْ كَانَتْ مُجْبِرَةً، فَإِنْ عَصَلْ، زَوَّجَ السُّلْطَانُ، وَالْكَفُّ الَّذِي عَيَّنَتْ أُولَى مِمَّنْ عَيْنَهُ الْوَلِيُّ؛ عَلَى وَجْهِ.

(الثَّانِي: الْمُصُوبَةُ)؛ كَالْأُخُوَّةِ وَالْعُمُومَةِ، وَلَا يُفِيدُ إِلَّا تَزْوِيجَ الْبَالِغَةِ (ح) الْعَاقِلَةِ بِرِضَاهَا الصَّرِيحِ، إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا، وَبُسْكُونِهَا إِنْ كَانَتْ بَكْرًا، عَلَى رَأْيِ (ح).
(الثَّالِثُ: الْمُعْتَقُ)، وَهُوَ كَالْعَصَبَاتِ.

(الرَّابِعُ السُّلْطَانُ)، وَإِنَّمَا يُزَوِّجُ الْبَالِغَةَ^(١) عِنْدَ عَدَمِ الْوَلِيِّ، أَوْ عَضْلِهِ، أَوْ غَيْبَتِهِ (ح)، أَوْ أَرَادَ الْوَلِيُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِنَفْسِهِ؛ كَأَبْنِ عَمٍّ، أَوْ مُعْتَقٍ، أَوْ قَاضٍ، وَلَيْسَ لِلْسُّلْطَانِ (ح) تَزْوِيجُ الصَّغِيرَةِ، وَلَا لِلْوَصِيِّ (م) وِلَايَةً، وَإِنْ فُوضَ إِلَيْهِ^(٢) (ح).

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي تَرْتِيبِ الْأُولِيَاءِ، وَالْأَصْلُ الْقَرَابَةُ، ثُمَّ الْوِلَاءُ، ثُمَّ السُّلْطَنَةُ، وَمِنْ الْأَقَارِبِ الْأَبُ، ثُمَّ الْجَدُّ (م)، ثُمَّ الْأَخُّ، ثُمَّ ابْنُهُ، ثُمَّ الْعَمُّ، ثُمَّ ابْنَتُهُ؛ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي عُصْبَةِ الْمِيرَاثِ، وَالْأَخُّ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمُّ لَا يُقَدِّمُ (ز ح م) عَلَى الْأَخِّ مِنَ الْأَبِ فِي النِّكَاحِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ قُدِّمَ فِي الْمِيرَاثِ وَصَلَاةُ الْجَنَائِزِ وَالْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِ^(٣) وَالْأَبْنُ لَا يُزَوِّجُ (ح و) أُمُّهُ بِالْبُتُوَّةِ (ح و)، وَلَا تَمْنَعُهُ الْبُتُوَّةُ عَنِ التَّزْوِيجِ بِالْوَلَاءِ وَغَيْرِهِ، وَأَمَّا الْمُعْتَقُ إِذَا مَاتَ، فَعَصْبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتَقُهُ ثُمَّ عَصَبَاتُ مُعْتَقِهِ، وَتَرْتِيبُ عَصَبَاتِ الْمُعْتَقِ كَعَصَبَاتِ الْقَرَابَةِ، إِلَّا أَنَّ أَخَ الْمُعْتَقِ يُقَدِّمُ عَلَى جَدِّهِ؛ عَلَى رَأْيٍ^(٤)، وَيُسَاوِيهِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَأَبْنُ الْأَخِّ أَيْضًا يُقَدِّمُ؛ فِي وَجْهِ، وَيُؤَخَّرُ؛ فِي وَجْهِ؛ لِإِعْدِهِ، وَأَبْنُ الْمُعْتَقِ مُقَدِّمٌ عَلَى أَبِيهِ؛ لِأَنَّهُ الْعَصْبَةُ، وَإِذَا أَعْتَقَتِ الْمَرْأَةُ، فَلَهَا الْوِلَاءُ، وَتَزْوِيجُ الْعَتِيقَةِ إِلَى وَلِيِّ السَّيِّدَةِ (و)، وَلَا

(١) قال الرافعي: «وإنما يزوج البالغة» هذا فيه غنية عن قوله من بعد، «وليس للسلطان تزويج الصغيرة عند عدم الولي أو عضله أو غيبته أو أراد الولي أن يتزوج» بيان موانع تزويج السلطان في هذا الموضع غير محتاج إليه بل هو معلوم مما ذكر في غير هذا الموضع أما قوله عند عدم الولي: فهو معلوم من ترتيب الأولياء، وأما عند العضل فلقوله في السبب الأول فإن عَصَلَ زَوْجَ السُّلْطَانِ وَأَمَّا عِنْدَ الْغِيْبَةِ وَرَغْبَةِ الْوَلِيِّ فِي نِكَاحِهَا فَهِيَ مَذْكُورَانِ فِي فَصْلَيْنِ مِنَ الْبَابِ. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا للوصي ولاية وإن فوض إليه» قد مرَّ في الوصايا. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن قدم في الميراث وصلاة الجنائز والوصية للأقرب» والمقصود الإشارة إلى الفرق قد سبقَت هذه الصورة على اختلاف في صلاة الجنائز والوصية للأقرب [ت].

(٤) قال الرافعي: «إلا أن أخ المعتق يقدم على جده على رأي» أي: قول [ت].

يُقْتَرَأُ إِلَى رِضَا السَّيِّدَةِ؛ عَلَى الْأَشْهَرِ، وَيَرْوُجُهَا أَبُو السَّيِّدَةِ فِي حَيَاتِهَا، وَأَبْنُهَا (و) بَعْدَ وَقَاتِهَا، وَالرَّقِيقَةُ نِصْفُهَا يَرْوُجُهَا الْمَالِكُ مَعَ الْوَلِيِّ أَوْ مَعَ الْمُعْتَقِ، أَوْ مَعَ الْقَاضِي، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ.

(الْفَضْلُ الثَّالِثُ فِي سَوَالِبِ الْوِلَايَةِ) وَهُوَ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ: الرُّقْ)؛ فَلَا وَِلَايَةَ لِرَقِيقٍ، وَلَهُ عِبَارَةٌ فِي الْقُبُولِ، وَفِي التَّرْوِيجِ بِالْوِكَالَةِ^(١) (و)؛ يَأْذِنُ السَّيِّدُ وَغَيْرُ إِذْنِهِ^(٢) (و).

(الثَّانِي مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ)؛ كَالصَّبَا، وَالْجُنُونِ، وَالْعَتَمَةِ، وَالسَّفَهَةِ، وَالسُّكْرِ، وَالْمَرَضِ الشَّدِيدِ الْمُلهِي يَنْقُلُ الْوِلَايَةَ إِلَى الْأَبْعَدِ، وَالْإِغْمَاءُ يَنْقُلُهَا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَى السُّلْطَانِ^(٣)، وَالْجُنُونُ الْمُتَقَطِّعُ يَنْقُلُ (و) إِلَى الْأَبْعَدِ^(٤)، وَالْعَمَى لَا يَفْدَحُ؛ عَلَى وَجْهِ.

(الثَّالِثُ): الْفَسْقُ (ح) يَسْلُبُ الْوِلَايَةَ؛ عَلَى أَوْجُهٍ الْقَوْلَيْنِ^(٥)، وَالْكُفْرُ لَا يَسْلُبُهَا (و)، بَلْ وَلِيُّ الْكَافِرَةِ كَافِرٌ، وَإِنَّمَا يَسْلُبُهَا اخْتِلَافُ الَّذِينَ لِسُقُوطِ النَّظَرِ.

(الرَّابِعُ): الْإِحْرَامُ يَسْلُبُ (ح م) عِبَارَةُ الْعَقْدِ رَأْسًا، وَهَلْ يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْعِقَادِ بِشَهَادَةٍ، وَمِنْ الرَّجْعَةِ، وَبَعْدَ التَّحْلِيلِ الْأَوَّلِ؟ فِيهِ خِلَافٌ^(٦)، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَسْلُبُ^(٧)، بَلْ يُنْقَلُ إِلَى السُّلْطَانِ؛ كَالْغَيْبَةِ (ح م) إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ أَوْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى؛ عَلَى وَجْهِ؛ حَتَّى لَا يَنْعَزَلَ وَكِيلُ الْمُحْرَمِ، كَمَا لَا يَنْعَزَلُ وَكِيلُ الْغَائِبِ، وَإِنْ كَانَ الْأَظْهَرُ أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَتَعَاطَى فِي حَالَةِ إِحْرَامِ الْمُوَكَّلِ بَلْ بَعْدَهُ^(٨).

- (١) قال الرافعي: «وله عبارة في القبول وفي التزويج بالوكالة» وجهان مذكوران في باب الوكالة وبيننا هناك أن الأظهر عند عامة الأصحاب المنع. [ت]
- (١) قال الرافعي: وفي التزويج بالوكالة بإذن السيد ودون إذنه» قد مر في الوكالة، ذكر وجهين في توكيل العبد عن غيره في قبول النكاح بغير إذن السيد، وقد بينا حال الوجهين في الفصل الخامس. [ت]
- (٣) قال الرافعي: «وللإغماء ينقلها بعد ثلاثة أيام إلى السلطان» هذا شيء اختاره من عنده، وقال الأصحاب: إن كان مما لا يدوم غالباً فينتظر إفاقة، وإن كان يدوم يومين وأكثر فلا تنقل الولاية إلى الأبعد على أظهر الوجهين: قال في التهذيب: ينتظر إفاقة. [ت]
- (٤) قال الرافعي: «والجنون المتقطع ينقل الولاية إلى الأبعد» هذا وجه، والظاهر أنه لا يزيل الولاية بل ينتظر حتى يفيق. [ت]
- (٥) قال الرافعي: «الفسق يسلب الولاية على أضعف القولين» هكذا يذكر أكثر المتأخرين، فظاهر مذهب الشافعي أنه يسلبها. [ت]
- (٦) قال الرافعي: «وهل يمنع من الانعقاد بشهادة ومن الرجعة، وبعد التحلل الأول؟ فيه خلاف» ذكر في الحج قولين في النكاح بين التحللين وفيه كفاية. [ت]
- (٧) قال الرافعي: «الإحرام يسلب عبارة العقد رأساً إلى أن قال: وقيل إنه لا يسلب إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأرجح عند المعظم الثاني. [ت]
- (٨) قال الرافعي: «وإن كان الأظهر أنه لا يتعاطى في حالة إحرام الموكل، بل بعده» فيه إثبات خلاف في المسألة، ولم أجد حكاية خلاف فيه في غير هذا الكتاب. [ت]

(الفصل الرابع: في تولي طرفي العقد)، والأب يتولى (ح) طرفي العقد في مال طفله، ولا يتولى الجد (ح م) طرفي النكاح على حفيديه؛ على أحد الوجهين للتعدد، والقاضي والمعتق وأبْن العم ليس لهم (ح م و) تولي طرفي النكاح^(١)، ولا يكفيهم التوكيل، بل يزوج منهم الحاكم والإمام الأعظم يتولى الطرفين؛ على وجه، والوكيل من الجانبين لا يتولى طرفي البيع والنكاح^(٢) (ح).

(الفصل الخامس: في التوكيل)، وللمجبر^(٣) أن يوكل، وعليه تعيين الزوج؛ في قول^(٤)، وإذا أذنت لغير المجبر من غير تعيين زوج، جاز؛ في أقوى القولين^(٥)، وإذا قالت: زوّجني ممن شئت، لم يزوّج إلا من كُفّ، وإذا منعت غير المجبر من التوكيل، لم يوكل، وإن أطلقت الإذن، كان له التوكيل في أحد الوجهين^(٦)، وليقل الولي للوكيل بالقبول: زوّجت من فلان، ولا يقول: زوّجت منك ويقول الوكيل قبلت لفلان، فلو قال قبلت لم يكف في أحد الوجهين، ولو قبل نكاحاً، ونوى موكله، لم يقع للموكل؛ بخلاف البيع.

(الفصل السادس: فيما يجب على الولي)، ويجب (و) على الأخ الإجابة، إذا طلبت النكاح، إن كان متعبتاً، فإن كان له أخ آخر، لم يجب؛ في وجه، وإن عصلوا، زوّج السلطان، وعلى المجبر تزويج المجنونة، إذا نأقت، ولا يجوز تزويج من الصغير، ولا تزويج الصغيرة قبل البلوغ^(٧)، ويجب حفظ مال الطفل، واستنماؤه قدرأ لا يأكله الثففة، فإن تبرم الولي به، فله أن يستأجر من يعمل، وله أن يأخذ (و) أجره يقدّرهما القاضي له^(٨)، ويجب عليه البيع، إذا طلب متاعه بزيادة، وكذلك الشراء إذا بيع رخيصاً، إذا لم يشتّر لنفسه، وإذا قبل النكاح لابنه، لم يصير ضامناً للمهر في الجديد، وإذا تبرّع أجنبي بحفظ مال الطفل، لم يكن للأب (و) أخذ الأجرة؛ وللاّم أجره

(١) قال الرافعي: «والقاضي وابن العم والمعتق ليس لهم تولي طرف النكاح» صورة ابن العم مذكورة في

الوكالة مع حكاية خلاف فيه حيث قال أجازة ابن سريج في تولي ابن العم طرفي النكاح. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والوكيل من الجانبين لا يتولى طرفي البيع والنكاح» قد سبق هذا في «النكاح» مع حكاية

الخلاف فيه. [ت]

(٣) في أ: المولى المجبر.

(٤) قال الرافعي: «وعليه تعيين الزوج في قول» قيل: هو وجه. [ت]

(٥) قال الرافعي: وإذا أذنت لغير المجبر من غير تعيين زوج جاز في أقوى القولين: قيل: هما وجهان. [ت]

(٦) قال الرافعي: «فإن أطلقت الإذن كان له التوكيل في أحد الوجهين» قد ذكر في «الوكالة» حيث قال: وفي

توكيل الولي الذي لا يجبر تردد. [ت]

(٧) قال الرافعي: «ولا يجوز تزويج الصغيرة، ولا تزويج الصغير قبل البلوغ» لا حاجة إلى قوله «قبل البلوغ».

[ت]

(٨) قال الرافعي: «وله أن يأخذ أجره يقدّرهما القاضي له» هذا احتمال ذكره الإمام، والذي يوافق كلام

الأكثرين، وذكر الإمام أنه أظهر أنه إذا طلب من القاضي أن يثبت له أجره على عمله لا يجيبه إليه، إلا

إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه فله أن يأكل منه بالمعروف. [ت]

الإرضاع، وَإِنْ وَجَدْنَا (و) أَجْنَبِيَّةً مُتَبَوِّعَةً^(١).

(الفصل السابع: في الكفاءة) وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ فِي خَمْسٍ خِصَالٍ (ح م و): الثَّقَاءُ (ح) مِنَ الْعُيُوبِ الَّتِي تُنَبِّتُ الْخِيَارَ، وَالْحُرِّيَّةُ وَالنَّسَبُ إِلَى شَجَرَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَإِلَى الْعُلَمَاءِ وَالصُّلَحَاءِ الْمَشْهُورِينَ دُونَ الْخَامِلِينَ^(٢)، وَالصَّلَاحُ فِي نَفْسِ التَّائِيحِ، دُونَ الْأَشْتِهَارِ، وَالتَّنَقُّي (ح) مِنَ الْحِرْفِ الدَّيْنِيَّةِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى خِسَّةِ النَّفْسِ، وَالْيَسَارُ (ح) لَا يُعْتَبَرُ فِي أَشْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْجَمَالُ لَا يُعْتَبَرُ أَضْلاً، وَلَا يُجَبَّرُ فَضِيلَةً نَسَبِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِفَضِيلَةِ أُخْرَى، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ فَقَدْ تَقْضِي الْعَادَةُ بِجَبْرِ نَقِصَةٍ بِفَضِيلَةٍ^(٣)؛ بِحَيْثُ يَنْتَفِي الْعَارُ، وَالْكَفَاءَةُ حَقُّهَا وَحَقُّ الْأَوْلِيَاءِ، فَإِنْ رَضُوا بِتَرْكِهَا، جَازَ (ح)، فَيَحِلُّ لِعَيْنِ الْعَلَوِيِّ نِكَاحُ الْعَلَوِيَّةِ، وَإِنْ رَضِيَ الْأَوْلِيَاءُ، فَلِلْمَرْأَةِ الْإِبَاءُ، وَإِنْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ وَلَوْ وَاحِدٌ، فَلِلْبَاقِينَ فَسُخُ النَّكَاحِ (ح)؛ فِي قَوْلٍ. وَلَا يَنْعَقِدُ النَّكَاحُ أَضْلاً (ح)؛ فِي قَوْلٍ، وَلَا يَصِحُّ تَزْوِيجُ الْأَبِ الصَّغِيرَةِ مِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَصِحُّ وَلَهَا الْخِيَارُ، إِذَا بَلَغَتْ [ح و]^(٤)، وَيَجُوزُ أَنْ يُزَوَّجَ مِنَ الصَّغِيرِ غَيْرِ كُفَاءٍ.

(الفصل الثامن: في تَزَاحُمِ الْأَوْلِيَاءِ)، فَإِذَا اجْتَمَعَ إِخْوَةٌ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّزْوِيجِ مِنْ كُفَاءٍ بَرَضَاهَا، لَكِنَّ الْأَوَّلَى التَّقْوِيصُ إِلَى الْأَسَنِ وَالْأَفْضَلُ، وَإِنْ تَزَاحَمُوا، أَفْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ بَادَرَ مَنْ لَمْ تَخْرُجْ قُرْعَتُهُ، أَنْعَقَدَ، وَإِنْ بَادَرَ اثْنَانِ، وَعَقَدَا مَعَ شَخْصَيْنِ، فَالصَّحِيحُ السَّابِقُ، وَإِنْ أُمِكَنَّ وَقَوْعُهُمَا مَعاً، أَنْدَفَعَا، فَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ، وَنَسِينَا السَّابِقَ، بَقِيَ النَّكَاحُ (و) مَوْقُوفاً أَبَدًا، وَإِنْ لَمْ يُعْرِفِ السَّابِقُ مِنْهُمَا أَضْلاً، يُفْسَخُ النَّكَاحُ؛ لِلتَّعَذُّرِ؛ فِي قَوْلٍ، وَيَتَوَقَّفُ فِي قَوْلٍ، وَالْقَاضِي يُنْشِئُ الْفُسْخَ، وَقِيلَ: لِلْمَرْأَةِ ذَلِكَ، وَقِيلَ: لِلزَّوْجَيْنِ أَيْضاً ذَلِكَ، وَعَلَيْهِمَا التَّفَقُّهُ (و) قَبْلَ الْفُسْخِ؛ لِلْحَبْسِ، وَلَا

(١) قال الرافعي: «وللأم أجرة الإرضاع، وإن وجدنا متبرعة أجنبية» المسألة معادة في «النفقات» وفيها خلاف ذكره هناك، والمذكور هناك مغني عما ذكره ها هنا. [ت]

وقال الرافعي أيضاً: «وللأم أجرة الإرضاع وإن وجدنا أجنبية متبرعة» هذا قول والأظهر خلافه، والمسألة منقولة في النفقات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والنسب إلى شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وإلى العلماء والصلحاء المشهورين دون الخاملين». اتبع فيه الإمام حيث قال: النسب المؤثر بالإنتماء إلى شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم، والإنتماء إلى العلماء الحكماء والإنتماء إلى أهل الصلاح والتقوى بشرط الشهرة، ولا عبارة بالإنتماء إلى عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وكلام أكثر الأصحاب يشعر باعتباره أيضاً، فإن عرف العجم في الكفاءة مرعى كعرف العرب. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وما وراء ذلك، فقد تقضي العادة بجبر نقيسة بفضيلة» هذا يخالف ما أطلقه الأكثرون قالوا: لا تزوج مسلمة دينه من معيب بنسب، ولا حرة فاسقة من عبد عفيف، ولا عربية فاسقة من عجمي عفيف، ولا عفيفة رقيقة من فاسق حر، وتكفي صفة النقص مانعة من الكفاءة، وما فضله الإمام، فقال: السلامة من العيوب والحرية والنسب لا يقابل بسائر فضائل الزوج، وعفة الزوج هل تجبر دناءة نسبه؟ فيه وجهان والنقص من الحرف الدينية يعارضه الصلاح، وكذا اليسار إن اعتبرناه يقابل سائر الفضائل. [ت]

(٤) سقط من أ.

مَهْر؛ لِعَدَمِ الْيَقِينِ، فَإِنْ أَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهَا الْعِلْمَ بِالسَّبْقِ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَخْلِفَ، فَإِنْ حَلَفَتْ، بَقِيَ
 الدَّاعِي بَيْنَهُمَا، فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، ثَبَتَ النِّكَاحُ لَهُ، وَإِنْ أَقْرَتُ لِوَاحِدٍ، فَلِلثَّانِي أَنْ
 يُخْلِفَهَا؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ أَقْرَتُ لِلثَّانِي، لَعَرِمَتْ لَهُ (و)، وَإِنْ نَكَحَتْ، اسْتَحَقَّ الثَّانِي
 بِالْيَمِينِ الْمَزْدُودَةِ الْعُزْمَ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الزَّوْجِيَّةَ؛ وَكَأَنَّ إِقْرَارَهَا لِلأَوَّلِ أَوْجَبَ الْحَقَّ بِشَرْطِ أَنْ
 تَخْلِفَ لِلثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ وَاحِدٌ الْعِلْمَ عَلَيْهَا، لَكِنْ أَدْعَى عَلَيْهَا زَوْجِيَّةً مُطْلَقَةً، فَفِي سَمَاعٍ مِثْلِ هَذِهِ
 الدَّعْوَى وَجْهَانِ، وَلَوْ أَدْعَا عَلَى الْوَلِيِّ، فَفِي سَمَاعٍ الدَّعْوَى عَلَى الْوَلِيِّ وَتَخْلِيفِهِ وَجْهَانِ؛ عَلَى
 الإِطْلَاقِ.

البَابُ الثَّانِي: فِي الْمَوْلِيِّ عَلَيْهِ

وَلَا يُؤْلَى فِي النِّكَاحِ إِلَّا عَلَى نَاقِصٍ بِصَغَرٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ سَفَهٍ أَوْ رِقٍّ أَوْ أُنُوثَةٍ، وَقَدْ سَبَقَ حُكْمُ
 الْأُنُوثَةِ وَالصَّغَرِ.

(أَمَّا الْمَجْنُونُ الْكَبِيرُ)، فَلِلأَبِ التَّزْوِيجُ مِنْهُ عِنْدَ ظُهُورِ الْحَاجَةِ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى وَاحِدَةٍ، وَإِنْ كَانَ
 لَهُ أَنْ يَزُوجَ مِنَ الصَّغِيرِ الْعَاقِلِ أَزْبَعًا (و)، وَلَا يَزُوجُ مِنَ الْمَجْنُونِ الصَّغِيرِ فِي وَجْهِ.

وَأَمَّا الْمَجْنُونَةُ، فَيَزُوجُهَا بِمَجْرَدِ الْمَضْلَحَةِ، صَغِيرَةٍ كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةٍ، بِكُرًا كَانَتْ أَوْ ثِيْبًا، وَفِي
 الثَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَزُوجُهَا، وَإِذَا بَلَغَتْ عَاقِلَةً، ثُمَّ جُنَّتْ، عَادَتِ الْوِلَايَةُ لِلأَبِ، فِي
 الْأَصَحِّ^(١) (و)، وَالثَّيِّمَةُ الْبَالِغَةُ الْمَجْنُونَةُ يَزُوجُهَا (و) السُّلْطَانُ عِنْدَ ظُهُورِ الْحَاجَةِ، وَيُشَاوِرُ أَقَارِبَهَا،
 وَالْمُشَاوَرَةَ وَاجِبَةٌ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: يَزُوجُ بِمَجْرَدِ الْمَضْلَحَةِ دُونَ الْحَاجَةِ.

(وَأَمَّا السَّفِيهَ)، فَلَا يُجْبَرُ، لِأَنَّهُ بَالِغٌ، وَلَا يَسْتَقِيلُ؛ لِأَنَّهُ سَفِيهٌ، لَكِنْ يَتَزَوَّجُ (و) بِإِذْنِ الْوَلِيِّ بَعْدَ
 تَعْيِينِ الْوَلِيِّ الْمَرْأَةِ، ثُمَّ يَتَّقَدُّ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ قَدَّرَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ، وَزَادَ السَّفِيهَ سَقَطَتِ الزِّيَادَةُ، وَصَحَّ
 الْعَقْدُ (و) وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنِ الْمَرْأَةَ، صَحَّ الْإِذْنُ، فِي وَجْهِ، ثُمَّ عَلَيْهِ أَنْ يَنْكَحَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ بِشَرْطِ (و) أَلَّا
 يَنْكَحَ، عَلَى خِلَافِ الْمَضْلَحَةِ، شَرِيفَةً يَسْتَغْرِقُ مَهْرُ مِثْلِهَا مَالَهُ، وَإِنْ نَكَحَ بغيرِ إِذْنٍ، فَسَدَ، وَلَمْ يَجِبْ
 الْمَهْرُ بِوَطْئِهِ؛ كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا وَأُثْلِفَ.

وَقِيلَ: يَجِبُ تَعْبُدًا.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَقْلٌ مَا يُتَمَوَّلُ.

فَإِذَا أَلْتَمَسَ النِّكَاحَ، فَأَبَى الْوَلِيُّ، أَذِنَ السُّلْطَانُ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ، صَحَّ اسْتِفْلَالُهُ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَهُ

(١) قال الرافعي: «وإذا بلغت عاقلة، ثم جنت عادت الولاية للأب في الأصح» ذكره مرة في الحجر حيث قال: وكذا في الجنون الطارئ بعد البلوغ. [ت]

أَنْ يُطَلَّقَ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحَجَرِ طَلَاً^(١) وَأَمَّا الرَّقُ فَلَلسَيِّدِ إِجْبَارُ الْأَمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ (م ح) إِجْبَارُ الْعَبْدِ؛ فِي قَوْلٍ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، فَإِذَا طَلَبَ الرَّقِيقُ النِّكَاحَ؛ لَمْ يُجِبِ الْإِجَابَةَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٢) (و)، وَالصَّحِيحُ أَنَّ سَبَبَ هَذَا التَّصَرُّفِ الْمَلِكُ؛ حَتَّى يَزُوجَ الْفَاسِقَ أَمَتَهُ، وَيَزُوجَ الْمُسْلِمَ أَمَتَهُ الْكَافِرَةَ، وَلِلرَّوَلِيِّ تَزْوِيجُ رَقِيقِ الطِّفْلِ بِالْمُضَلَّحَةِ؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَمَةُ الْمَرْأَةِ يَزُوجُهَا وَلِئِذَا بِرِضَاهَا. وَقِيلَ: السُّلْطَانُ يَزُوجُهَا.

وَلَا يَكْفِي سُكُوتُ الْبِكْرِ فِي حَقِّ أَمَتِهَا، وَالْمُعْتَقَةُ فِي الْمَرَضِ يَزُوجُهَا قَرِيبُهَا. وَقِيلَ: لَا تَزُوجُ لِامْتِنَانِ عَوْدِهَا رَقِيقَةً بِالْمَوْتِ.

(الْقِسْمُ الثَّالِثُ) مِنَ الْكِتَابِ فِي الْمَوَانِعِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ أَجْنَاسٍ.

(الْأَوَّلُ): الْمَحْرُمَةُ بِقَرَابَةٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ صِهْرٍ:

(أَمَّا الْقَرَابَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنْهَا سَبْعَةٌ:

الْأُمَّهَاتُ، وَالْبَنَاتُ، وَالْأَخَوَاتُ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ، وَالْأَخَوَاتُ، وَالْعَمَّاتُ، وَالْخَالَاتُ، وَلَا يَحْرُمُ أَوْلَادُ الْأَعْمَامِ وَالْأَخْوَالِ، وَأُمُّكَ كُلُّ أَنْثَى يَنْتَهِي إِلَيْهَا نَسَبُكَ بِالْوِلَادَةِ، وَلَوْ بَوَسَائِطَ، وَبَنُوكَ مَنْ يَنْتَهِي إِلَيْكَ نَسَبُهُمْ، وَلَوْ بَوَسَائِطَ، وَالضَّائِطُ: أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَصُولُهُ وَفُصُولُهُ، وَفُصُولُ أَوَّلِ أَصُولِهِ، وَأَوَّلُ فَضْلٍ مِنْ كُلِّ أَضْلٍ، وَإِنْ عَلَا (ح و)، وَلَا يَحْرُمُ الْوَلَدُ (ح^(٣)) مِنَ الزَّوْنِ إِلَّا عَلَى الْأُمِّ، وَفِي الْمَنْفِيِّ بِاللَّعَانِ وَجْهَانِ، وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، وَكُلُّ أَمْرَأَةٍ أَرْضَعَتْكَ، أَوْ أَرْضَعْتَ مَنْ أَرْضَعْتَكَ، أَوْ أَرْضَعْتَ مَنْ يَرْجِعُ نَسَبُكَ إِلَيْهِ، فَهِيَ أُمُّكَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ أَمْرَأَةٍ يَرْجِعُ نَسَبُ الْمُرْضِعَةِ إِلَيْهَا، وَأَخْتُ الْمُرْضِعَةِ خَالَاتُكَ، وَأَخُوهَا خَالُكَ، وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ أَحْكَامِ النَّسَبِ، وَلَوْ اخْتَلَطَتْ أَخْتُ رِضَاعٍ بِأَهْلِ قَرْبَةٍ، جَازَ أَنْ يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، وَإِنْ كُنَّ مَحْضُورَاتِ الْعَدَدِ فِي الْعَادَةِ، لَمْ يَجُزْ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ.

(وَأَمَّا الْمُصَاهَرَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنْهَا بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ أُمَّهَاتُ الزَّوْجَةِ مِنَ الرِّضَاعِ وَالنَّسَبِ، وَزَوْجَةُ آبَائِنِ وَالْحَفَدَةُ، وَزَوْجَةُ الْأَبِ وَالْجَدِّ، وَيَحْرُمُ بَنَاتُ الزَّوْجَةِ بِالْوَطْءِ، لَا بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ، وَالْوَطْءُ بِالشُّبْهَةِ يَحْرُمُ الْأَزْنَعَ دُونَ الزَّوْنِ (ح)، وَيَكْفِي الْأَشْتِيَاءُ عَلَى الزَّوْجِ؛ فِي وَجْهِ، وَيَبْتِئُ النَّسَبُ وَالْعِدَّةُ بِالْأَشْتِيَاءِ عَلَيْهِ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ بِالْأَشْتِيَاءِ عَلَيْهَا، وَلَا يَكُونُ اللَّمَسُ كَالْوَطْءِ فِي الْمُصَاهَرَةِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

(الثَّانِي): مَا لَا يُوجِبُ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً، وَيَتَعَلَّقُ بِعَدَدٍ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلَهُ أَنْ يُطَلَّقَ بِكُلِّ حَالٍ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحَجَرِ طَلَاً» حَجَرُ الْوَلِيِّ كَالطَّلَاقِ مَذْكُورِ فِي

الْحَجَجِ حَيْثُ قَالَ: لَا حَجَّ عَلَيْهِ مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ. [ت]

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِذَا طَلَبَ الرَّقِيقُ النِّكَاحَ لَمْ تَجِبِ الْإِجَابَةُ عَلَى الْأَصَحِّ» مِنَ الْقَوْلَيْنِ، وَقِيلَ الْوَجْهَيْنِ. [ت]

(٣) فِي أ: (و)

(الْأَوَّلُ): نِكَاحُ الْأُخْتِ عَلَى الْأُخْتِ لَا يَجُوزُ مَا لَمْ يُطْلَقِ الْأُولَى طَلَاقًا بَاطِنًا، وَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَلَا بَيْنَ أَمْرَاتَيْنِ بَيْنَهُمَا قَرَابَةً أَوْ رِضَاعًا، لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا حُرِّمَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا. وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ الْمَرْأَةَ، وَأُمُّ زَوْجِهَا، أَوْ بِنْتُ زَوْجِهَا؛ وَإِنْ كَانَ لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا؛ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا.

وَلَوْ اشْتَرَى أُخْتَيْنِ، فَوَطِئَ إِحْدَاهُمَا، حُرِّمَتِ الْأُخْرَى؛ حَتَّى يُحَرِّمَ الْمُوطُوءَةُ عَلَى نَفْسِهِ؛ يَبِيعُ، أَوْ تَزْوِيجِ (ح)، أَوْ عِتْقٍ، أَوْ كِتَابَةِ (ح).

وَلَا يَكْفِي طَرِيَانُ تَحْرِيمِ الْحَيْضِ، وَالْعِدَّةِ، وَالْإِحْرَامِ.

وَهَلْ يَكْفِي الرَّهْنُ وَالْبَيْعُ؛ بِشَرْطِ الْخِيَارِ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَلَوْ وَطِئَ أُمَةً، وَنَكَحَ أُخْتَهَا، صَحَّ النِّكَاحُ، وَحُرِّمَتِ الْمُوطُوءَةُ، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الزَّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ.

وَتَحِلُّ الْخَامِسَةُ بِطَلَاقِ بَاطِنٍ لِوَاحِدَةٍ مِنَ الْأَرْبَعِ، دُونَ الرُّجْعَى.

وَالْعَبْدُ لَا يَزِيدُ (م) عَلَى اثْنَتَيْنِ.

وَلَوْ نَكَحَ الْحُرُّ خَمْسًا فِي عَقْدَةٍ، وَفِيهِنَّ أُخْتَانِ. بَطُلَ فِيهِمَا، وَفِي الْبَاقِي قَوْلَانِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ. وَالْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا لَا تَحِلُّ، حَتَّى يَطَّأَهَا زَوْجٌ آخَرُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَلَا يَكْفِي وَطْءُ الشُّبْهَةِ، وَيَكْفِي إِبْلَاجُ الْحَشْفَةِ، أَوْ مَقْدَارَهَا (و) مِنْ مَقْطُوعِ الْحَشْفَةِ، وَيَكْفِي وَطْءُ الصَّبِيِّ وَالْعَيْنِ، وَلَا يُشْتَرَطُ انْتِشَارُ الْآلَةِ^(١)، وَلَوْ زَوَّجَهَا الزَّوْجُ مِنْ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ، فَاسْتَدَخَلَتْ أَلَتَهُ، ثُمَّ بَاعَ مِنْهَا؛ لِيَنْفَسَخَ النِّكَاحُ، جَازَ فِي قَوْلٍ جَوَّازٍ إِجْبَارَ الْعَبْدِ عَلَى النِّكَاحِ، وَحَصَلَ بِهِ دَفْعُ الْغَيْرَةِ، وَلَوْ نَكَحَتْ بِشَرْطِ الطَّلَاقِ، فَسَدَ الْعَقْدُ؛ فِي وَجْهِ^(٢)، وَلَمْ يَحْصُلِ التَّخْلِيلُ (و)، وَهَلْ يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِشَرْطِ عَدَمِ الْوَطْءِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَيَفْسُدُ، إِذَا تَزَوَّجَ بِشَرْطِ أَلَا يَحِلُّ، وَلَيْسَ الشَّرْطُ السَّابِقُ عَلَى الْعَقْدِ كَالْمُقَارِنِ فِي الْإِفْسَادِ.

(الْجِنْسُ الثَّلَاثُ) مِنَ الْمَوَانِعِ: الْمَلِكُ وَالرُّقُّ؛ فَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكِحَ أُمَّتَهُ، وَلَوْ مَلَكَ مَنكُوحَتَهُ، أُنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلَا لِلْحُرَّةِ أَنْ تَنْكِحَ عَبْدَهَا، وَلَوْ تَمَلَّكَتْ زَوْجَهَا، أُنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلَا يَنْكِحُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ مَمْلُوكَةَ الْغَيْرِ إِلَّا بِأَرْبَعِ شَرَائِطَ: فَقَدْ حُرَّةٌ تَحْتَهُ، وَقَدْ طَوَّلَ الْحُرَّةُ (ح)، وَخَوْفُ الْعَنْتِ (ح)، وَكَوْنُ الْأُمَةِ مُسْلِمَةً [ح]^(٣)، فَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ رَتْقاءً، أَوْ هَرَمَةً، أَوْ حُرَّةً كِتَابِيَّةً، أَوْ غَائِبَةً، لَمْ يَنْكِحِ (و) الْأُمَةُ مَا لَمْ يُطْلَقْهَا، وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ رَتْقاءً، أَوْ غَائِبَةً غَيْبَةً بَعِيدَةً، نَكَحَ الْأُمَةُ

(١) قال الرافعي: «ويكفي وطء الصبي والعينين، ولا يشترط انتشار الآلة» هذا وجه، والظاهر خلافه فيهما. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن نكحت بشرط الطلاق فسد العقد في وجه» هذا قول في رواية الجمهور. [ت]

(٣) سقط من أ.

(و)، وَكَذَلِكَ لَوْ قَدَّرَ عَلَى حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ؛ فِي وَجْهِهِ، فَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً، فَعَالَتْهُ فِي الْمَهْرِ بِمِقْدَارٍ يُعَدُّ قَبُولُهُ إِسْرَافًا، نَكَحَ الْأَمَةَ (و)، وَلِلْمُفْلِسِ (و) نِكَاحُ الْأَمَةِ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً تَرْضَى بِمَهْرٍ مُؤَجَّلٍ، فَإِنْ قَبِلَتْ بِدُونِ مَهْرٍ الْمَثَلِ، لَمْ يَنْكِحِ الْأَمَةَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ؛ إِذِ الْمَثَلُ فِيهِ هَيْئَةٌ، وَأَمَّا خَوْفُ الْعَنْتِ، فَلِأَنَّمَا يَتِمُّ لِعَلْبَةِ الشَّهْوَةِ، وَضَعْفِ التَّقْوَى، فَإِنْ قَوِيَتِ التَّقْوَى وَأَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ، لَمْ يَنْكِحِ (و)، وَالْقَادِرُ عَلَى سُورِيَّةٍ لَا يَخَافُ الْعَنْتَ، فَلَا يَتَرَخَّصُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، فَإِذَا تَرَخَّصَ، فَلَا يَنْكِحُ إِلَّا مُسْلِمَةً (ح)، أَمَّا الْكِتَابِيَّةُ، فَلَا تَحِلُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أَمَةً مُسْلِمَةً لِكَافِرٍ؛ عَلَى الْأَصَحِّ وَالْحُرُّ الْكِتَابِيُّ يَنْكِحُ الْأَمَةَ الْكِتَابِيَّةَ، وَالْعَبْدُ الْمُسْلِمُ لَا يَنْكِحُهَا، فَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ، وَلَوْ نَكَحَ أَمَةً، ثُمَّ قَدَّرَ عَلَى الْحُرَّةِ، وَنَكَحَهَا، لَمْ يَنْفَسَخِ نِكَاحُ الْأَمَةِ، بَلْ لَا يَزَعَى الشَّرْطُ، إِلَّا فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَلَوْ جَمَعَ الْقَادِرُ حُرَّةً وَأَمَةً فِي عَقْدٍ، بَطُلَ نِكَاحُ الْأَمَةِ، وَفِي الْحُرَّةِ قَوْلَانِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

(الْجِنْسُ الرَّابِعُ): الْكُفْرُ، وَهُمْ ثَلَاثَةُ أَصْنَافٍ:

(الْكِتَابِيُّ)، وَتَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَيَقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ، وَالْوَيْثِيُّ وَالْمُعْطَلُ وَالزُّنْدِيقُ لَا تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَلَا يَقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ، وَالْمَجُوسُ لَا تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ (و)، لَكِنْ يَقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ، لَكِنْ إِنَّمَا يَجُوزُ نِكَاحُ كِتَابِيَّةٍ هِيَ مِنْ أَوْلَادِ بَنِي إِسْرَائِيلَ، وَأَمِنْ أَوَّلِ آبَائِهَا قَبْلَ التَّحْرِيفِ، فَإِنْ قُدِّدَ النَّسَبُ، فَفِيهَا قَوْلَانِ، وَلَوْ آمَنَ آبَاؤُهَا بَعْدَ التَّحْرِيفِ، أَوْ شَكَّ فِيهِ، فَفِيهَا قَوْلَانِ^(١)، وَإِنْ آمَنَ بَعْدَ الْمُبْعَثِ، أَوْ شَكَّ فِيهِ، لَمْ تُنْكَحْ، وَالتَّهَوُّدُ بَعْدَ بَعْثِ عِيسَى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَهَوٍّ بَعْدَ مَبْعَثِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَالصَّابِيُّونَ وَالسَّامِرَةُ، إِنْ كَانُوا مُلْحَدَةً عِنْدَ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى، لَمْ يُنَاكَحُوا، وَإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً، حَلَّ نِكَاحُهُمْ.

وَقِيلَ قَوْلَانِ مُطْلَقًا.

(فَرَعٌ): لَوْ تَنَصَّرَ يَهُودِيٌّ، يُقَرُّ؛ فِي قَوْلٍ.

وَلَا يُرْضَى مِنْهُ إِلَّا بِالسَّيْفِ (ح) أَوْ الْإِسْلَامِ؛ فِي قَوْلٍ.

وَيُرْضَى بِالْإِسْلَامِ أَوْ الْعَوْدِ إِلَى التَّهَوُّدِ؛ فِي قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَقَرُّ، فَهَلْ يُلْحَقُ بِمَا مِنْهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

وَكَذَلِكَ لَوْ تَوَثَّنَ يَهُودِيٌّ، تَجْرِي الْأَقْوَالُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقَرُّ عَلَى التَّوَنُّنِ بِحَالٍ، وَيُفْنَعُ مِنْهُ بِالتَّنَصُّرِ؛ عَلَى قَوْلٍ. وَلَوْ تَنَصَّرَ وَثْنِيٌّ، فَلَا يُفْنَعُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ، وَلَوْ أَرْتَدَّ مُسْلِمٌ، فَلَا يُفْنَعُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ أَوْ السَّيْفِ، وَتَتَجَزَّى الْفُرْقَةُ بِهَا قَبْلَ الْمَسِيحِ [ح]^(٣)، وَيَتَوَقَّفُ بَعْدَ الْمَسِيحِ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا، دَامَ النِّكَاحُ، وَإِلَّا فَتَبَيَّنَ الْفُرْقَةُ مِنْ وَقْتِ الرَّدَّةِ، وَلَوْ تَوَلَّدَ بَيْنَ مَجُوسِيٍّ وَيَهُودِيٍّ وَلَدٌ، لَمْ

(١) قال الراعي: «وإن آمن آباؤها بعد التحريف أو شك فيه ففيها قولان» قيل: وجهان. [ت]

(٢) قال الراعي: «فإن قلنا: لا يقر فهل يلحق بما منه؟ فيه قولان» قيل: وجهان. [ت]

(٣) سقط من أ.

يَنْكِحُ فِي قَوْلٍ؛ لِعَلَّابَةِ التَّخْرِيمِ، وَتُظَرَّ إِلَى جَانِبِ الْأَبِ فِي قَوْلٍ.

وَيَتَّصِلُ بِهِذَا:

بَابُ نِكَاحِ الْمُشْرَكَاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

(الْأَوَّلُ فِيمَا يُقَرَّرُ عَلَيْهِ الْكَافِرُ مِنَ الْأَنْكِحَةِ)، وَمَهْمَا أَسْلَمَ كَافِرٌ عَلَى كِتَابِيَّةٍ، قُرِّرَ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى وَثِيَّةٍ أَوْ مَجُوسِيَّةٍ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ مَعَهُ قَبْلَ الْمَسِيحِ، اسْتَمَرَ النِّكَاحُ، وَكَذَلِكَ (م ح)، إِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ الْمَسِيحِ، وَقَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ؛ وَكَذَلِكَ الْحَكْمُ لَوْ كَانَتْ هِيَ السَّابِقَةَ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَإِذَا أَسْلَمَا، لَمْ تَبْهَتْ عَنْ شَرْطِ نِكَاحِيهِمَا، بَلْ نَقَرُّهُمَا عَلَى النِّكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ وَلَا شُهُودٍ، وَفِي الْعِدَّةِ إِلَّا إِذَا أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا (و) قَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ؛ فَإِنَّ الْمُفْسِدَ قَدْ قَارَنَ الْإِسْلَامَ فَيَنْدَفِعُ النِّكَاحُ؛ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ أَثْمُهُ أَوْ أَبْنَتُهُ، وَنَقَرَّرْهُمْ عَلَى النِّكَاحِ الْمُؤَقَّتِ، إِنْ اعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّدًا، وَإِنْ اعْتَقَدُوهُ مُوقَّتًا أَوْ فَاسِدًا، لَمْ نَقَرِّهُمْ، وَلَا نَقَرُّهُمْ عَلَى مَا هُوَ فَاسِدٌ عِنْدَهُمْ إِلَّا إِذَا كَانَ صَحِيحًا عِنْدَنَا، وَلَوْ اعْتَقَدُوا غَضَبَ الْمَرْأَةِ نِكَاحًا، قَرَّرْنَاهُمْ عَلَيْهِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَكَأَنَّهُمْ إِذَا أَسْلَمُوا لَا يُؤَاخَذُونَ بِشَرْطِ الْإِسْلَامِ رُخْصَةً لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِفَيْرُوزَ الدِّيلَمِيِّ^(١)، وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ: اخْتَرَّ إِحْدَاهُمَا؛ فَإِنَّهُ

(١) قال الرافعي: «فَيْرُوزُ الدِّيلَمِيِّ» على قضية بعض الروايات من الصحابة وجعل بعضهم مكانة ديلم بن فيروز الحميري الرعيني، وقال: هو ممن وفد على النبي صلى الله عليه وسلم، وروى عنه بنوه الضحاك وعبدالله، وأبو الخير مرثد بن عبدالله. [ت ينظر ترجمته في طبقات ابن سعد ٥/٥٣٣، تاريخ خليفة ١١٧، طبقات خليفة ٢٨٧، المعرفة ليعقوب ٣/٢٦٢، ثقات ابن حبان ٣/٣٣٢، الكنى للدولابي ١/٧٥، الجرح التعديل ٧/٥٢١، الاستيعاب ٣/١٢٦٤، أنساب السمعاني ٥/٤٠٠، الكامل في التاريخ ٣/٤٩٦، الكاشف ٢/٤٥٨٤، العبر ١/٥٩، تجريد أسماء الصحابة ٢/٩٠، تهذيب التهذيب ٨/٣٠٥، التقریب ٢/١١٤، الإصابة ت (٧٠١٠)، الخلاصة ٢/٥٧٦١، تهذيب الكمال ٢٣/٣٢٢.

(٢) قال الرافعي: «لقوله - صلى الله عليه وسلم - لفَيْرُوزَ الدِّيلَمِيِّ روى الشافعي عن ابن أبي يحيى عن إسحاق بن عبدالله عن أبي وهب الجيشاني عن أبي خراش عن الديلمى، قال: أسلمت وتختي أختان، فأمرني أن أمسك أَيْتَهُمَا شِئْتُ، وَأَفَارِقَ الْأُخْرَى».

وروى أبو عيسى الترمذي عن بNDAR عن وهب بن جرير عن أبيه، عن يحيى بن أيوب، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي وهب الجَيْشَانِيِّ عن الضحاك بن فيروز الديلمى عن أبيه أنه قال: قلت: يا رسول الله أسلمت وتحتي أختان، قال: «اختر أَيْتَهُمَا شِئْتُ» وروى يحيى بن يحيى عن ابن أبي ربيعة عن أبي وهب الجيشاني عن الضحاك بن فيروز عن أبيه بمثله، وطرحا عن الإسناد أبا خراس. [ت]

الذي أسلم على الاختين هو فيروز الديلمى قال: أسلمت وعندي أختان فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «طلق أَيْتَهُمَا شِئْتُ» وفي لفظ بعضهم: «اختر أَيْتَهُمَا شِئْتُ» أخرجه أحمد (٤/٢٣٢). وأبو داود (٢/٦٧٨) كتاب الطلاق، باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان الحديث (٢٢٤٣). والترمذي (٣/٤٣٦) كتاب النكاح - باب ما جاء من الرجل يسلم وعنده أختان - الحديث (١١٢٩) و (١١٣٠). وابن ماجه (١/٦٢٧) كتاب النكاح - باب الرجل يسلم وعنده أختان الحديث (١٩٥١). والدارقطني (٣/٢٧٣) كتاب النكاح - باب المهر - الحديث (١٠٥). والبيهقي (٧/١٨٤) كتاب النكاح =

لَمْ يُعَيِّنِ الْأَوَّلَى لِلصَّحَّةِ، وَأَمَّا الْمُفْسِدُ الطَّارِئُ بَعْدَ الْعَقْدِ، لَا يُؤْثِرُ كَمَا لَوْ كَانَتْ عِنْدَ الْإِسْلَامِ مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ، أَوْ سَبَقَتْ وَأَخْرَمَتْ قَبْلَ إِسْلَامِهِ، لَكِنْ لَوْ نَكَحَ أَمَةً، ثُمَّ حُرَّةً وَأَسْلَمَ عَلَيْهِمَا، أُنْدَفَعَتِ الْأَمَةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَمَةٍ، وَهُوَ مُوسِرٌ بَيْسَارٍ طَارِئٌ.

وَقِيلَ: يَنْدَفِعُ أَيْضاً بِالْعِدَّةِ الطَّارِئَةِ وَالْإِحْرَامِ، وَيَكُونُ حَالُ الْإِسْلَامِ كَأَيْدَاءِ الْعَقْدِ مُطْلَقاً.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَزْدَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، أُنْدَفَعَ نِكَاحُهَا، إِنْ لَمْ تَرْجِعْ قَبْلَ الْعِدَّةِ.

ثُمَّ هَذِهِ الْمُفْسِدَاتُ، إِنْ قَارَنْتَ إِسْلَامَ أَحَدِهِمَا، كَفَى (و) إِلَّا فِي الْبَيْسَارِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَنْدَفِعُ إِلَّا إِذَا وَجِدَ عِنْدَ اجْتِمَاعِهِمَا فِي (ح) الْإِسْلَامِ، وَإِذَا طَلَّقَ الْكَافِرُ زَوْجَتَهُ ثَلَاثاً، ثُمَّ أَسْلَمَ، لَمْ يَنْكِحْهَا إِلَّا بِمُحَلَّلٍ، فِي قَوْلٍ، وَلَا يُخْتِاجُ إِلَى الْمُحَلَّلِ؛ فِي قَوْلٍ، فَإِنَّا نَصَحَحْ أَنْكِحَتْهُمْ مُطْلَقاً؛ فِي قَوْلٍ^(١)، وَنَفْسِدْهَا؛ فِي قَوْلٍ إِلَّا عِنْدَ الْإِسْلَامِ؛ وَتَتَوَقَّفُ؛ فِي قَوْلٍ، فَمَا يَقْرُرُ عَلَيْهِ فِي الْإِسْلَامِ نَتَبَيَّنُ صِحَّتَهُ، وَمَا يَدْفَعُهُ نَتَبَيَّنُ فُسَادَهُ؛ حَتَّى لَا يَبْتُثَّ الْمَهْرُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لِلَّتِي يَدْفَعُ الْإِسْلَامُ نِكَاحَهَا، وَلَا عَلَى قَوْلِ الْإِفْسَادِ، وَيَبْتُثَّ عَلَى قَوْلِ الصَّحَّةِ، وَلَوْ نَكَحَ أُخْتَيْنِ، وَطَلَّقَ كُلَّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثاً، فَإِذَا أَسْلَمُوا، فَعَلَى قَوْلِ التَّضَحُّيِّحِ، حُرِّمَتَا عَلَيْهِ إِلَّا بِمُحَلَّلٍ، وَعَلَى قَوْلِ الْإِفْسَادِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً، وَلَا مَهْرَ لِلثَّانِيَةِ، وَعَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً، فَيُنْفَذُ فِيهَا الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ وَيَخْتِاجُ إِلَى مُحَلَّلٍ، وَيَنْدَفِعُ الثَّانِيَّةُ، وَلَا يَخْتِاجُ فِيهَا إِلَى مُحَلَّلٍ.

وَمَهْمَا أَضْدَقَهَا خَمِراً، وَقَبَضَتْ قَبْلَ الْإِسْلَامِ، فَلَا مَهْرَ لَهَا (و)، وَإِنْ لَمْ تَقْبِضْ، رَجَعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ قَبَضَتْ الْبَغْضَ، رَجَعَ إِلَى بَغْضِ مَهْرِ الْمِثْلِ؛ بِأَغْيَابِ (و) قِيَمَةِ الْخَمْرِ.

وَمَهْمَا تَرَاَفَعُوا إِلَيْنَا فِي أَنْكِحَتْهُمْ أَوْ غَيْرَهَا، جَازَ لَنَا الْحُكْمُ بِالْحَقِّ، وَهَلْ يَجِبُ؟ قَوْلَانِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ الْخُصُومَةُ بِمُسْلِمٍ، وَجَبَ الْحُكْمُ، وَإِنْ كَانَا مُخْتَلَفِي الْمِلَّةِ، وَجَبَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٢)، وَلَا يَجِبُ فِي الْمُعَاهِدَيْنِ، وَلَا نَحْكُمُ إِلَّا إِذَا رَضِيَ الْخَصْمَانِ جَمِيعاً بِحُكْمِنَا^(٣).

وَلَوْ طَلَبَتْ نَفَقَةً فِي نِكَاحٍ بِلَا وَلِيٍّ وَلَا شُهُودٍ، حَكَمْنَا، وَإِنْ طَلَبَتْ فِي نِكَاحٍ مُحَرَّمٍ أَوْ مُعْتَدَّةٍ فِي الْحَالِ، لَمْ نَحْكُمْ، وَفِي الْمَجُوسِيَّةِ وَجْهَانِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي زِيَادَةِ الْعَدَدِ الشَّرْعِيِّ)، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ، اخْتَارَ أَرْبَعاً (ح)،

= - باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

(١) قال الرافعي: «فإننا نصحح أنكحتهم مطلقاً في قول إلى آخر الأقوال» الأكثرون نقلوها نقل الوجوه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن كانا مختلفي الملة وجب على الأصح» من الطريقين والثاني: طرد القولين. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولا نحكم إلا إذا رضي الخصمان جميعاً بحكمنا» يسبق إلى الفهم منه أنا حيث أوجبنا

الحكم فذلك إذا حصل رضا المتداعيين، لكن الأصحاب اعتبروا الرضا على قول عدم الوجوب، ولم

يعتبروا على قول الوجوب، فقالوا على اختلاف الطبقات إن قلنا: بوجوب الحكم فإذا استعدي خصم

على خصم أعداه القاضي ووجب على المعدى الحضور، وإن قلنا: لا يجب لم تجب الإعداء والمعدى

عليه بالخيار في الحضور إذا أعدى. [ت]

وَأَنْدَفَعَ نِكَاحَ الْبَاقِيَاتِ، وَلَا مَهْرَ لَهُنَّ إِلَّا عَلَى قَوْلِ التَّصْحِيحِ^(١)، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى أَمْرَاءَ وَأَبْنَتَهَا، وَكَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَهُمَا مُحَرَّمَتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا، اخْتَارَ إِحْدَاهُمَا؛ فِي قَوْلٍ، وَتَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ، عَلَى الْأَصَحِّ (و)؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا يَذْفَعُ نِكَاحَ الْأُمِّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الْبِنْتِ، تَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ، وَأَنْدَفَعَتِ الْأُمُّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الْأُمِّ، أَنْدَفَعَتِ الْبِنْتُ، وَيَبْقَى نِكَاحُ الْأُمِّ، إِنْ أَفْسَدْنَا أَنْكِحَتَهُمْ، وَإِلَّا أَنْدَفَعَتْ أَيْضًا، وَإِنْ أَسْلَمَ الْحُرُّ عَلَى إِمَاءٍ اخْتَارَ وَاحِدَةً، إِنْ كَانَ عَاجِزًا عِنْدَ الْإِلْتِقَاءِ فِي الْإِسْلَامِ، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى ثَلَاثٍ، وَأَسْلَمْتَ وَاحِدَةً، وَهُوَ مُغْسِرٌ، وَأَسْلَمْتَ الثَّانِيَةَ، وَهُوَ مُوسِرٌ، وَالثَّالِثَةُ، وَهُوَ مُغْسِرٌ، أَنْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ الْأُولَى وَالثَّالِثَةِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ، وَإِمَاءٍ، أَنْدَفَعَ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، إِلَّا إِذَا تَخَلَّفَتِ الْحُرَّةُ وَأَصْرَتْ، فَإِنْ أَسْلَمْتَ قَبْلَ عِدَّتِهَا، أَنْدَفَعَ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، إِلَّا إِذَا عَتَقَ قَبْلَ إِسْلَامِ الْحُرَّةِ، فَيَلْتَحِقَنَّ بِالْحَرَائِرِ الْأَصْلِيَّاتِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى إِمَاءٍ، وَتَخَلَّفَتْ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَتَقَتْ، وَأَسْلَمْتَ قَبْلَ الْعِدَّةِ، تَعَيَّنَتْ كَالْحُرَّةِ، وَأَنْدَفَعَتِ الْإِمَاءُ السَّابِقَاتُ.

وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَمَتَيْنِ، وَتَخَلَّفَتْ أَمَتَانِ، فَعَتَقَتْ وَاحِدَةً مِنَ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ، ثُمَّ أَسْلَمْتَ الْمُتَخَلِّفَتَيْنِ، أَنْدَفَعَ نِكَاحُهُمَا؛ إِذْ تَحْتَ زَوْجِهِمَا عَتِيقَةٌ، وَاخْتَارَ وَاحِدَةً مِنَ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ؛ إِذْ كَانَ عَتَقَهَا بَعْدَ إِسْلَامِهِمَا، وَإِسْلَامُ الْأُخْرَى لَا يُؤَثِّرُ فِي حَقِّهَا، وَلَا خِيَارَ لَهَا، إِلَّا إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ، وَلَهَا تَأْخِيرُ الْفَسْخِ؛ لِعُذْرِ أَنْتِظَارِ إِسْلَامِ الزَّوْجِ، إِنْ أَسْلَمْتَ قَبْلَهُ، فَإِنْ فَسَخْتَ، نَفَذَ، وَتَظْهَرُ فَايِدُهُ لَوْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، فَتَكُونُ عِدَّتُهَا مِنْ وَقْتِ الْفَسْخِ؛ فَإِنْ أَجَازَتْ، ابْتَنَى عَلَى وَفْقِ الْعُقُودِ^(٢) وَأَمَّا الْعَبْدُ، إِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ، فَلَا خِيَارَ (و) لَهَا^(٣)، وَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ اثْنَتَيْنِ أَبَدًا مِنَ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ؛ لِأَنَّ الْأَمَةَ فِي حَقِّهِ كَالْحُرَّةِ، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ إِسْلَامِهَا، أَلْتَحَقَّ بِالْحُرِّ، فَلَا يَخْتَارُ مِنَ الْإِمَاءِ إِلَّا وَاحِدَةً، وَيَخْتَارُ مِنَ الْحَرَائِرِ أَرْبَعًا.

وَإِنْ كَانَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ، أَنْدَفَعَ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ حُرَّتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، فَأَسْلَمْتَ الْبَاقِيَاتِ مِنَ الْحَرَائِرِ، فَلَا يَزِيدُ عَلَى اثْنَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ كَمَالَ عَدَدِ الْعَبِيدِ قَبْلَ الْحُرَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمْتَ وَاحِدَةً، فَعَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْبَاقِيَاتِ، اخْتَارَ أَرْبَعًا (و)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ كَمَالَ الْعَدَدِ قَبْلَ الْحُرَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمْتَ وَاحِدَةً فَعَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْبَاقِيَاتِ اخْتَارَ أَرْبَعًا (و)، لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ كَمَالَ الْعَدَدِ قَبْلَ الْحُرَّةِ وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَرْبَعِ إِمَاءٍ، فَأَسْلَمْتَ اثْنَتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، فَأَسْلَمْتَ الْمُتَخَلِّفَتَانِ يَخْتَارُ الْأُولَيَيْنِ، وَلَا يَخْتَارُ الْمُتَخَلِّفَتَيْنِ، وَهَلْ يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الْأُولَيَيْنِ وَوَاحِدَةً مِنَ الْأُخْرَيْنِ؟ فَوَجْهَانِ.

وَقِيلَ: يَخْتَارُ الْأُخْرَيْنِ أَيْضًا، إِنْ شَاءَ.

(١) قال الرافعي: «فلا مهر لهن إلا على قول التصحيح» مكرر مذكور عند ذكر الخلاف في أنكحة الكفار. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن أجازت التني على وفق العقود» لا ذكر للتخريج على وفق العقود في كلام الأصحاب، وإنما الذي أطلقوه البطلان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وأما العبد إن أسلم على حُرَّة فلا خيار لها» قوله: «على حُرَّة» لا حاجة إليه، فإن الحكم لو كانت أمة كما لو كانت حُرَّة فلا خيار لزوجه على الظاهر وفيه وجه. [ت]

(الْفَضْلُ الثَّالِثُ فِي الْأَخْتِيَارِ)، وَلَهُ طَرَفَانِ:

(أَحَدُهُمَا: أَلْفَاظُهُ)، وَلَا يَخْفَى صَرِيحُهُ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، تَعَيَّنَتْ لِلنِّكَاحِ، وَلَوْ ظَاهَرَ أَوْ أَلَى، لَمْ تَعَيَّنْ (و)، وَلَوْ قَالَ: فَسَخْتُ نِكَاحَهَا، وَفُسِّرَ بِالطَّلَاقِ، تَعَيَّنَ لِلنِّكَاحِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، حُمِلَ عَلَى تَعْيِينِهَا لِلْفِرَاقِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَقَدْ اخْتَرْتُكَ لِلنِّكَاحِ، أَوْ لِلْفِرَاقِ (و)، لَمْ يَصِحَّ التَّغْلِيْقُ، فَلَوْ قَالَ: فَأَنْتَ طَالِقٌ، صَحَّ، وَحَصَلَ الْأَخْتِيَارُ ضِمْنًا، وَالْوُطْءُ، هَلْ يَكُونُ كَتَعْيِينِ النِّكَاحِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: حَصَرْتُ الْمُخْتَارَاتِ فِي سِتْوَةٍ مِنَ الْجَمَاعَةِ، أَنْحَصَرَتْ، وَلَوْ أَسْلَمَ مَعَهُ أَرْبَعٌ، وَتَخَلَّفَ أَرْبَعٌ فَعَيَّنَ الْأَوَّلِيَّاتِ لِلنِّكَاحِ، صَحَّ، وَلِلْفَسْخِ لَا يَصِحُّ، إِذَا كَانَتْ الْمُتَخَلِّفَاتُ وَثِيَّاتٍ. وَقِيلَ: يَصِحُّ مَوْقُوفًا.

وَلَوْ عَيَّنَ الْمُتَخَلِّفَاتِ لِلْفَسْخِ يَصِحُّ، وَلِلنِّكَاحِ لَا يَصِحُّ؛ إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْوَقْفِ. وَلَوْ أَسْلَمَتِ الثَّمَانِيَّةُ عَلَى تَرَادُفٍ، وَهُوَ يُخَاطَبُ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِالْفَسْخِ عِنْدَ إِسْلَامِهَا، تَعَيَّنَ لِلْفَسْخِ الْأَرْبَعُ الْمُتَأَخَّرَاتُ، وَعَلَى وَجْهِ الْوَقْفِ يَتَعَيَّنُ الْأَرْبَعُ الْمُتَقَدِّمَاتُ.

الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي أَوْضَاعِ الْأَخْتِيَارِ، فَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ عَلَى ثَمَانِي نِسْوَةٍ، وَأَسْلَمَ مَعَهُ، فَيَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ الْأَخْتِيَارُ؛ فَإِنَّ الْإِسْلَامَ رَفَعَ النِّكَاحَ فِي أَرْبَعَةٍ، وَإِلَيْهِ التَّعْيِينُ^(١).

وَمَهْمَا أَمْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنِ التَّعْيِينِ، حُسِرَ (و)، فَإِنْ أَصَرَ، عَزَّرَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّعْيِينِ، اعْتَدَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِأَقْصَى الْأَجَلَيْنِ، وَقِفَ رُبُعُ الْمِيرَاثِ، أَوْ الثَّمَنُ لَهُنَّ إِلَى أَنْ يَضْطَلِحْنَ.

وَقِيلَ: يُورَّعُ عَلَيْهِنَّ بِالسُّوِيَّةِ؛ لَاسْتِوَائِهِنَّ وَحُصُولِ الْيَأْسِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنَ النِّسَاءِ، وَالتَّبَسُّعُ عَلَيْنَا، فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ فِي عِلْمِ اللَّهِ مُتَعَيِّنَةٌ لِلْفِرَاقِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى ثَمَانٍ كِتَابِيَّاتٍ، فَأَسْلَمَ أَرْبَعٌ، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ لَا يُوقَفُ (و) شَيْءٌ مِنَ الْمِيرَاثِ لَهُنَّ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَتْ الْمُفَارَقَاتُ الْمُسْلِمَاتِ، فَلَا يَتَعَيَّنُ حَقُّ الزَّوْجِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ تَخْتَهُ كِتَابِيَّةً وَمُسْلِمَةً، فَقَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَمَاتَ، وَلَمْ يَعْيَّنْ، لَمْ يُوقَفْ لَهَا مِيرَاثٌ، لِلشُّكِّ فِي الْأَصْلِ.

(الْفَضْلُ الرَّابِعُ: فِي التَّفَقُّعِ) وَإِذَا تَخَلَّفَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ، لَمْ تَسْتَحِقَّ التَّفَقُّعَ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ عَلَى الْجَدِيدِ؛ لِأَنَّهَا أَسَاءَتْ، وَلَوْ سَبَقَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ، اسْتَحَقَّتْ لِمُدَّةِ التَّقَدُّمِ عَلَى الْمَذْهَبِ، (و) لِأَنَّهَا أَحْسَنْتْ، وَلَوْ أَصَرَ الزَّوْجُ، لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهَا بَاطِنَةٌ.

وَقِيلَ: تَسْتَحِقُّ كَالرَّجْعِيَّةِ؛ لِأَنَّ لِلزَّوْجِ قُدْرَةَ عَلَى تَقْرِيرِ النِّكَاحِ عَلَيْهَا، وَلَوْ قَالَ: سَبَقَتْ بِالْإِسْلَامِ قَبْلَ الْمَيْسِيسِ، فَأَنْكَرْتُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْمَهْرِ. وَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْنَا مَعًا، وَالنِّكَاحُ بَاقٍ^(٢)، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ^(٣)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ.

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وإن قال أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ إلى آخره» في المسألة قولان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ، فالقول قوله إلى آخره» المسألة معادة في «الدعاوى» =

وَقِيلَ: بَلِ الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ التَّسَاوُقَ فِي الْإِسْلَامِ نَادِرٌ.

(الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الْكِتَابِ: فِي مُوجِبَاتِ الْخِيَارِ).

وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الْعَيْبُ، وَالْعُرُورُ، وَالْعَتَقُ، وَالْعُتَّةُ:

(السَّبَبُ الْأَوَّلُ: الْعَيْبُ)، وَيَنْبُتُ (ح) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ الْخِيَارُ بِالْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ، وَيَنْبُتُ [ح]^(١) لَهَا بِجَبِّهِ وَعُتَّتِهِ، وَلَهُ بِرِثْقِهَا وَقَرْنِهَا (ح)، وَفِي الرَّدِّ بِالْبَحْرِ أَوْ الضَّنَانِ وَالْعَذُوبِ الَّذِي لَا يَقْبَلُ الْعِلَاجَ خِلَافٌ (و)، وَكَذَلِكَ فِي جُمْلَةٍ مِنْ آحَادِ الْعُيُوبِ الَّتِي تُنْفَرُ تَنْفِيرَ الْبَرَصِ، وَتُكْسِرُ سَوْرَةَ التَّوَاقِ، لَكِنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ إِلَّا بِالْعُيُوبِ السَّبْعَةِ الْمَذْكُورَةِ أَوَّلًا، وَفِي رَدِّ الْخُنْثَى أَيْضًا خِلَافٌ، وَهَذَا فِيمَا يُقَارَنُ الْعَقْدُ، وَإِنْ طَرَأَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ، وَبَعْدَ الْمَسِيسِ وَجْهَانِ، إِلَّا الْعُتَّةُ؛ فَإِنَّهَا لَا تُؤَثِّرُ بَعْدَ الْمَسِيسِ، وَيَنْبُتُ لِلزَّوْجِ أَيْضًا بِعَيْنِهَا الطَّارِئُ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

وَأَمَّا الْأَوَّلِيَاءُ، فَلَا خِيَارَ لَهُمْ بِالْعَيْبِ الطَّارِئِ، وَيَنْبُتُ فِي الْمُقَارِنِ بِالْجُنُونِ، وَلَا يَنْبُتُ بِالْجَبِّ وَالْعُتَّةِ، وَفِي الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ^(٢) وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: فِي الْجَمِيعِ عَارٌ، فَيَنْبُتُ لَهُمُ الْخِيَارُ، وَهَذَا الْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ، وَهُوَ مُسْقِطٌ لِلْمَهْرِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، وَإِنْ كَانَ الْفُسْخُ مِنْهُ، وَفِيمَا بَعْدَ الْمَسِيسِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنَ الرَّدَّةِ أَنَّ الْمُسَمَّى يَتَقَرَّرُ، وَفِي الرَّدَّةِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنْ هُنَا^(٣) وَمَهْمَا كَانَ الْعَيْبُ طَارِئًا، كَانَ تَقْرِيرُ الْمُسَمَّى أَوَّلِي، وَلَا رُجُوعَ (م) بِالْمَهْرِ الْمَغْرُومِ عَلَى الْوَلِيِّ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَا نَفَقَةَ وَلَا سُكْنَى (و) لَهَا فِي الْعِدَّةِ؛ كَمَا لَا مَهْرَ^(٤)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، فَلَهَا التَّفَقُّةُ إِنْ قُلْنَا إِنَّهَا لِلْحَمْلِ.

(السَّبَبُ الثَّانِي: الْعُرُورُ)، وَمَهْمَا شَرِطَ فِي الْعَقْدِ إِسْلَامُهَا، أَوْ نَسَبُهَا، أَوْ حُرِّيَّتُهَا، أَوْ نَسَبُهُ، أَوْ حُرِّيَّتُهُ، فَاخْتَلَفَ الشَّرْطُ، فَفِي صَحَّةِ الْعَقْدِ قَوْلَانِ، وَإِنْ صَحَّحْنَا، فَفِي خِيَارِ الْخُلْفِ قَوْلَانِ، وَلَوْ ظَنَّنَاهُ كُفُوءًا، فَإِذَا هُوَ غَيْرُ كُفٍّ؛ فَلَا خِيَارَ، وَلَوْ ظَنَّنَاهُ مُسْلِمَةً، فَإِذَا هِيَ كِتَابِيَّةٌ، فَلَهُ الْخِيَارُ، فَلَوْ ظَنَّنَاهُ حُرَّةً، فَإِذَا هِيَ رَقِيقَةٌ، فَلَا خِيَارَ.

وَقِيلَ: فِيهِمَا قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ؛ مَاخِذُهُمَا أَنَّ الْكُفْرَ وَالرَّقَّ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالْعُيُوبِ

= والبيئات مع زيادات، وفيما ذكر هناك كفاية. [ت]

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «ويثبت في المقارن بالجنون إلى قوله ويثبت لهم الخيار في الجنون والجذام والبرص» لا يكاد يوجب نقله إلا لصاحب الكتاب، ولكن أطلقوا الجواب بثبوت الخيار. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وفي الردة قول مخرج من ههنا» لم يتعرض الأكثرون للتخريج من هذا الطرف، بل أشاروا إلى نفيه وقالوا: الردة لا تستند إلى ما تقدم بحال، فلا تؤثر فيما سبق وجوبه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولا نفقة ولا سُكْنَى لها في العدة كما لا مهر»، يريد إذا كانت حاملاً وقد أعاد ذلك في باب العدة، وجعل في استحقاقها السُّكْنَى قولين. [ت]

وَقِيلَ: بَلْ مَأْخَذُهُمَا أَنَّ الْغُرُورَ بِالْفِعْلِ، هَلْ هُوَ كَالْغُرُورِ بِالْقَوْلِ؟

وَقِيلَ: إِنَّ الْكِتَابِيَّةَ لَا تَلْتَمِسُ بِالمُسْلِمَةِ، إِلَّا بِقَصْدٍ، فَهُوَ تَغْيِيرٌ؛ بِخِلَافِ الْأَمَةِ، وَكُلُّ تَغْيِيرٍ سَابِقٍ عَلَى الْعَقْدِ، فَلَا يُؤْتَرُ (و) فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ، لَكِنْ يُؤْتَرُ فِي الرُّجُوعِ بِالمَهْرِ، إِذَا قَضَيْنَا بِالرُّجُوعِ عَلَى الْغَارِ؛ فِي قَوْلِي.

(فَرَعَ) إِذَا غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ، فَوَلَدَتْ، انْعَقَدَ (ح) الْوَلَدُ حُرّاً، وَعَلَى الْمَغْرُورِ (و) قِيمَتُهُ لِلسَّيِّدِ؛ إِذَا فَاتَ رِقَّةً يَظُنُّهُ، سَوَاءٌ كَانَ الزَّوْجُ حُرّاً أَوْ عَبْدًا، وَيَرْجِعُ بِهِ (و) عَلَى الْغَارِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ إِذَا غَرِمَ (و)، وَإِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا، تَعَلَّقَ الْقِيَمَةُ بِرَقَبَتِهِ؛ فِي قَوْلِي، وَبِذَمَّتِي فِي قَوْلِي، وَبِكَسْبِهِ فِي قَوْلِي، وَالمُسَمَّى مِنَ الْمَهْرِ، إِذَا لَزِمَ، تَعَلَّقَ بِكَسْبِهِ، وَحَيْثُ لَا يَلْزَمُ، فَمَهْرُ الْمِثْلِ تَجْرِي الْأَقْوَالُ الثَّلَاثَةُ فِي مُتَعَلِّقِهِ، وَإِنَّ الْغَارَةَ كَانَتْ هِيَ الْأَمَةُ، تَعَلَّقَ عَهْدُ الزَّوْجِ بِذَمَّتِهَا (و)، وَالمُكَاتَبَةُ كَالْأَمَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا مَهْرَ لَهَا؛ فَإِنَّهَا الْغَارَةُ الْمُسْتَحَقَّةُ، وَالسَّيِّدُ لَا يَتَصَوَّرُ مِنْهُ التَّغْيِيرُ؛ لَأَنَّهُ إِنْ قَالَ: إِنَّهَا حُرَّةٌ، عَتَقْتُ، وَلَوْ أَنْفَصَلَ الْوَلَدُ مَيِّتًا، فَلَا قِيَمَةَ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجَنَائَةِ جَانٍ، فَيُغَرَّمُ عَاقِلَةُ الْجَانِي الْغُرَّةُ لَوَرَثَةِ الْجَنِينِ، وَيُغَرَّمُ الْمَغْرُورُ عَشْرَ قِيَمَةِ الْأُمِّ لِلسَّيِّدِ؛ فِي وَجْهِ.

وَفِي وَجْهِ آخَرَ يُغَرَّمُ أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ عَشْرِ قِيَمَةِ الْأُمِّ، أَوْ مَا سُلِّمَ لَهُ بِالْوَرَاثَةِ مِنْ غُرَّةِ الْجَنِينِ؛ لَأَنَّهُ لَوْلَا الْغُرَّةُ، لَمَا غُرِمَ الْمَيِّتُ.

(السَّبَبُ الثَّلَاثُ: الْعِتْقُ)، وَإِذَا عَتَقْتَ تَحْتَ عَبْدٍ، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَإِنْ عَتَقْتَ تَحْتَ حُرٍّ، فَلَا خِيَارَ (ح)، وَإِنْ عَتَقَ نِصْفُهَا، فَلَا خِيَارَ (ز)، وَلَوْ عَتَقْتَ تَحْتَ مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْفَسْخِ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، فَلَهَا الْفَسْخُ؛ لِيَنْقَطِعَ سُلْطَانُ الزَّوْجِ، وَإِنْ أَجَازَتْ، لَمْ يَنْقُذْ (و)، لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ.

وَقِيلَ: يُخَرِّجُ عَلَى وَقْفِ الْعُقُودِ، فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا (و)، بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَوْ عَتَقَ الزَّوْجُ، وَتَحْتَهُ أَمَةٌ، فَلَا خِيَارَ لَهُ (و)، وَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ الْمَسِيَسِ، فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ فَسَخَتْ بَعْدَ الْمَسِيَسِ، فَلِلسَّيِّدِ كَمَالُ الْمُسَمَّى قَوْلًا وَاحِدًا (و)، وَهَذَا الْخِيَارُ أَيْضًا عَلَى الْقَوْرِ (ح).

وَفِي قَوْلِي: يَتِمَادَى (ح) إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

وَفِي قَوْلِي لَا يَسْقُطُ (ح) إِلَّا بِإِسْقَاطِ، أَوْ تَمْكِينِ (ح) مِنَ الْوَطْءِ، فَلَوْ مَكَّنْتَ، ثُمَّ أَدْعَتِ الْجَهْلُ بِالْعِتْقِ، لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهَا، إِذَا حَلَفْتَ، وَلَوْ أَدْعَتِ الْجَهْلُ؛ بِأَنَّ الْخِيَارَ عَلَى الْقَوْرِ، لَمْ تُغْذَرْ، وَلَوْ أَدْعَتِ الْجَهْلُ بِثَبُوتِ أَصْلِ الْخِيَارِ، فَتُغْذَرْ، عَلَى قَوْلِي.

(السَّبَبُ الرَّابِعُ: الْعُتَّةُ)، وَمَهْمَا وَقَعَ الْيَأْسُ عَنِ الْوَطْءِ؛ بِجَبِّ أَوْ عُتَّةٍ، أَوْ مَرَضٍ مُزْمِنٍ، ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ، وَفِي الْحَقِ الْإِخْصَاءُ بِالْجَبِّ قَوْلَانِ؛ وَالْعُتَّةُ الطَّارِئَةُ بَعْدَ الْوَطْءِ، لَا تُؤْتَرُ، وَلَوْ عَنْ عَنِ امْرَأَةٍ دُونَ غَيْرِهَا، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَلَوْ عَنْ عَنِ الْمَاتِي، وَقَدَرَ عَلَى غَيْرِ الْمَاتِي، فَلَهَا الْخِيَارُ، (و)، وَلَوْ

أَمْتَنَعَ مَعَ الْقُدْرَةِ، فَلَا خِيَارَ، وَلَكِنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِوَطْءٍ وَاحِدَةٍ؛ عَلَى أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ؛ لِتَقْرِيرِ الْمَهْرِ وَتَخْصِيلِ التَّخْصِينِ، فَإِنْ عَلَلْنَا بِالْمَهْرِ، كَانَتْ الْمُطَالَبَةُ لِلسَّيِّدِ فِي الْأَمَةِ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا بَعْدَ الْإِنْبَاءِ، وَيَسْقُطُ الطَّلَبُ بِإِبْلَاجِ الْحَشْفَةِ، وَإِذَا ثَبَّتَ الْعُنَّةُ؛ إِمَّا بِإِقْرَارِهِ، أَوْ بِبَيِّنَتِهَا (و) بَعْدَ نُكُولِهِ، ضَرَبْنَا الْمُدَّةَ سَنَةً (و)؛ لِلَا مِتْحَانِ، إِنْ طَلَبْتَ ذَلِكَ، وَإِنْ سَكَتَتْ، لَمْ تُضْرَبْ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُ عَيْنٍ، لَمْ تُطَالَبْ بِتَحْقِيقِ ذَلِكَ بِالْوَطْءِ، وَمُدَّةُ الْعَبْدِ كَمُدَّةِ الْحُرِّ (م)، وَمَهْمَا تَمَّتِ السَّنَةُ مِنْ غَيْرِ أَغْتَرَاوٍ مِنْهَا إِثَاءً قَضَاءً، رَفَعْتَ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي؛ لِيَفْسَخَ الْقَاضِي النِّكَاحَ؛ عَلَى وَجْهِ، أَوْ يُسَلِّطَهَا عَلَى الْفَسْخِ عَلَى الْقَوْرِ؛ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي.

وَلَوْ سَافَرَ الزَّوْجُ، فَفِي اخْتِسَابِ الْمُدَّةِ وَجْهَانِ، وَهَذَا الْفَسْخُ عَلَى الْقَوْرِ، فَإِنْ رَضِيَتْ، فَلَا أَغْتَرَاضَ لِلْوَلِيِّ^(١)، وَلَا رُجُوعَ لَهَا إِلَى الْفَسْخِ؛ بِخِلَافِ الْإِبْلَاءِ.

وَإِنْ فَسَخَتْ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ، لَمْ يَنْفُذْ، وَإِنْ أَجَازَتْ، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ رَضِيَتْ فَطَلَّقَهَا، ثُمَّ رَاجَعَهَا، لَمْ يَعُدَّ حَقًّا، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ وَطَّئَهَا فِي النِّكَاحِ الْأَوَّلِ، وَعُرِّنَ عَنْهَا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَمَهْمَا تَنَازَعَا فِي الْإِصَابَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِصَابَةِ، إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ:

(أَخْذُهُمَا): فِي مُدَّةِ الْعُنَّةِ وَالْإِبْلَاءِ؛ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ؛ إِذْ تَعَسَّرَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوَطْءِ، فَإِنْ أَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْبَكَارَةِ، رَجَعْنَا إِلَى تَصْدِيقِهَا بِالْيَمِينِ (و).

(الثَّانِي) لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي بَعْدَ الْمَسِيسِ، وَلِي كَمَالُ الْمَهْرِ، فَأَنْكَرَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، إِلَّا إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لَزَمَانٍ مُحْتَمَلٍ، فَإِنَّا نَثْبُتُ النَّسَبَ، فَيَتَأَكَّدُ بِهِ جَانِبُهَا، فَتَجْعَلُ الْقَوْلَ قَوْلُهَا، إِلَّا إِذَا لَاعَنَ فَتَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِهِ؛ إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الْوَطْءِ.

(الْقِسْمُ الْخَامِسُ مِنَ الْكِتَابِ فِي فُصُولٍ مُتَفَرِّقَةٍ)، وَهِيَ سِتَّةٌ:

(الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِيمَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ)، وَيَحِلُّ لَهُ كُلُّ اسْتِغْنَاءٍ إِلَّا الْإِثْنَانِ فِي (م) الدُّبُرِ، وَالصَّحِيحُ (و) جَوَازُ الْعَزْلِ.

وَقِيلَ بِتَحْرِيمِهِ فِي الْحُرَّةِ دُونَ الْأَمَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّمَا يَحِلُّ بِرِضَاهَا.

وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ فِي الشَّرِّيَّةِ.

ثُمَّ الْإِثْنَانِ فِي الدُّبُرِ فِي مَعْنَى الْوَطْءِ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ، إِلَّا فِي التَّخْلِيلِ (و) وَالْإِخْصَانِ.

وَأَخْتَلَفُوا فِي تَعَلُّقِ النَّسَبِ وَتَقْرِيرِ الْمُسَمَى وَوُجُوبِ الْحَدِّ، وَفِي اسْتِنَاطِقِهَا فِي النِّكَاحِ، وَلَمْ يَخْتَلَفُوا فِي وَجُوبِ مَهْرِ الْمَثَلِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ؛ وَكَذَا فِي الْعِدَّةِ (و) وَتَحْرِيمِ (و) الْمُصَاهَرَةِ بِهِ.

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِنْ رَضِيَتْ فَلَا اعْتِرَاضَ لِلْوَلِيِّ» مَذْكُورَ مَرَّةٍ فِي فَصْلِ الْعِيُوبِ مَعَ مَا فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ. [ت]

(الفصل الثاني: في وطء الأب جارية الابن)، وهو حرام، ولكن له شبهة وجوب. (و) الإغفاف، فلا يجب عليه الحد، ويجب (و) المهر، ويحرم على الابن بالمصاهرة، ويثبت النسب، ويتعقد الولد على الحرية، وتصير مستولدة الأب، على القول المنصوص، ويقدر انتقال الملك إليه مع العلق، حتى ينتهي (و) قيمة الولد؛ على أظهر الوجهين، ولا يسقط (ح) المهر أصلاً، فإن كانت الجارية موطوءة لابن، ملكها الأب بالاستيلاء (و)، ولكن يحرم عليه وطؤها؛ لأنها حرمت عليه بوطء الابن.

(الفصل الثالث: في إغفاف الأب)، ويجب على (وح) أشهر القولين أن يعفأ أباه الفاقد للمهر المحتاج إلى النكاح، والجدة، وإن علا، فهو في معنى الأب، فإن اجتمع جدان في رتبة واحدة، ولم يقدِّر إلا على إغفاف أحدهما، أفرع بينهما على وجه، وعين القاضي أحدهما؛ على وجه، ومهما أظهر الرغبة في النكاح، صدق بغير يمين، لكن لا يحل له بينه وبين الله تعالى طلب ذلك إلا إذا صدقت شهوته؛ بحيث يخاف العنت أو يشق المصاهرة عليه، ويحصل الإغفاف بأن يزوج منه مسلمة، أو كاتبة، أو يملكه جارية، أو يسلم ثمنها إليه أو مهر امرأة، وليس للأب تعيين امرأة ربيعة المهر، وإذا تعين المهر، فتعين الزوجة إلى الأب، ولو ماتت، فعليه التجديد، وإن فسح النكاح بعينها، أو أنفسخ، وجب التجديد (و)، وإن طلقها بغير عذر، لم يجب (و) التجديد، وإن كان بعذر، فوجهان، وليس للأب أن يزوج جارية الابن، فإن ملك الابن زوجته، لم يفسخ (و) النكاح ما لم يحصل للأب ولد في ملك الابن، ولا يزوج جارية نفسه، ولو ملك زوجته، أنفسخ النكاح، ولا يزوج جارية مكاتبه، ولو ملك المكاتب زوجة سيده، ففي الانفساخ وجهان.

(الفصل الرابع: في تزويج الإماء)، وللسيد أن يستخدمها نهاراً، وعليه أن يسلمها إلى الزوج ليلاً، وهل له أن يبيء لها بيتاً في داره، أم للزوج أن يخرج بها ليلاً؟ فيه قولان، فإن قلنا: ليس له ذلك، وكانت مُحترقة، وأمكنها ذلك في يد الزوج، فهل يجب تسليمها نهاراً؟ فيه وجهان، ولا خلاف أن للسيد المسافرة بها، لكن لا يمنع الزوج من الخروج، ليصحبها ليلاً، وإذا لم يسلمها إلا بالليل، فالواجب شطر التفقة.

وقيل: لا يجب أصلاً.

وقيل: يجب الجميع.

ومهما سافر بها السيد، سقطت نفقتها، وأما المهر، فإنما يجب للسيد، فلو قتلها السيد قبل المسيس، فالنص سقوط المهر، ولو قتلها أجنبي، أو قتل الحرة نفسها، ففي السقوط وجهان، ولا خلاف في أن المهر لا يسقط بموت الحرة والأمة (و) ولا يقتل الأجنبي الحرة، وإذا باع الأمة، لم يفسخ النكاح، ويسلم المهر للبايع؛ لأنه وجب بالعقد في ملكه، ولكن ليس له حبسها؛ لأجل سوق الصداق، ولا للمشتري أيضاً ذلك؛ فإنه لا مهر لها، ولو زوج أمته من عبده، فلا مهر، ولو قال لامته: أعتقتك على أن تنكحيني، لم تعتق إلا بالقبول، ثم لا يلزمها الوفاء (و) وعليها

قِيمَتَهَا (ح م) ، فَإِنْ نَكَحَهَا بِقِيمَتِهَا الَّتِي عَلَيْهَا، وَهِيَ مَجْهُولَةٌ، فَفِي صَحَّةِ الصَّدَاقِ وَجْهَانِ، فَلَوْ أَتَلَفْتَ عَبْدًا عَلَى رَجُلٍ، فَنَكَحَهَا بِالْقِيَمَةِ الْمَجْهُولَةِ، لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ قَالَتِ السَّيِّدَةُ لِعَبْدِهَا، أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْكِحَنِي، عَتَقَ بِغَيْرِ قُبُولٍ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ لِلزَّوْجَةِ: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلَّا تَخْتَجِي عَنِّي، وَعَلَى أَنْ أُعْطِيَكَ شَيْئًا، وَسَبِيلُ السَّيِّدِ الرَّائِبِ فِي نِكَاحِهَا أَنْ يَقُولَ: إِنْ يَسَّرَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِكَاحًا صَاحِبًا، فَأَنْتِ حُرَّةٌ قَبْلَهُ، ثُمَّ يَنْكِحُهَا، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الفصل الخامس: في تزويج العبد)، وَالْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ، لِأَرْمَانِ، وَمُتَعَلِّقَانِ بِكَسْبِهِ، وَبِالزُّنْحِ مِنْ مَالِ تِجَارَتِهِ، وَفِي تَعَلُّقِهِ بِرَأْسِ الْمَالِ وَجْهَانِ، وَالْقَوْلُ الْجَدِيدُ أَنَّ السَّيِّدَ لَا يَكُونُ ضَامِنًا لِلْمَهْرِ بِمُجَرَّدِ الْإِذْنِ، لَكِنْ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْمَهْرَ مِنَ الْكَسْبِ وَالنَّفَقَةِ، فَإِنْ اسْتَحْدَمَهُ يَوْمًا، لَزِمَهُ كَمَالُ الْمَهْرِ وَنَفَقَةُ الْعُمُرِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ إِذْ رُبَّمَا كَانَ يَكْتَسِبُ مَا بَقِيَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ، وَفِي وَجْهِ يَلْزِمُهُ الْمَهْرُ [وَنَفَقَةُ ذَلِكَ^(١)] الْيَوْمَ، وَفِي وَجْهِ ثَالِثٍ، وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَجْرَةُ الْمِثْلِ؛ كَمَا فِي الْأَجْنَبِيِّ.

(فَرْعٌ) إِذَا اشْتَرَتْ الْحُرَّةُ زَوْجَهَا، أَوْ أَتَهَتْ قَبْلَ الْمَسِيَسِ، سَقَطَ نِصْفُ الْمَهْرِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَجَمِيعُهُ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ الَّذِي ضَمِنَهُ السَّيِّدُ، لَمْ يَصِحَّ (و) الشِّرَاءُ، إِنْ فَرَعْنَا عَلَى سُقُوطِ جَمِيعِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ تَضَحِيحَهُ يُؤَدِّي إِلَى إِنْطَالِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا سَقَطَ الْعَوْضُ بِحُكْمِ الْفَسْخِ، عَرِيَ الْبَيْعُ عَنِ الْعَوْضِ، وَإِنْ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ الْمَسِيَسِ، وَقُلْنَا: إِنَّ طَرِيَانَ الْمَلِكِ عَلَى الرَّقِيقِ يُبْرَى ذِمَّتُهُ عَنْ دَيْنِ السَّيِّدِ الْمُتَمَلِّكِ، لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ أَيْضًا^(٢)؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا بَرِيَءَ؛ بَرِيَءَ السَّيِّدُ الَّذِي هُوَ الْكَفِيلُ (و) فَيَعْرَى^(٣) عَنِ الْعَوْضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ الطَّارِئُ لَا يُسْقِطُ الدَّيْنَ، صَحَّ الشِّرَاءُ.

وَلِلدُّورِ الْحُكْمِيِّ نَظَائِرُ: (إِخْدَاهَا): لَوْ كَانَتْ أُمَّتُهُ ثُلُثُ مَالِهِ، فَأَعْتَقَهَا، وَنَكَحَهَا، وَمَاتَ، لَمْ يَكُنْ لَهَا طَلَبُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُلْحِقُ الدَّيْنَ بِالْتَرَكَةِ، وَيَبْطُلُ الْعِتْقُ وَالنِّكَاحُ.

(الثَّانِيَةُ) إِذَا زَوَّجَ الْمَرِيضُ أُمَّتَهُ عَبْدًا، وَقَبَضَ صَدَاقَهَا، وَأَتَلَفَهَا، ثُمَّ أَعْتَقَهَا^(٤)، فَلَا خِيَارَ لَهَا؛ إِذَا لَوْ فَسَخَتْ، لِأَزْتَدَّ الْمَهْرُ، وَلَمَّا خَرَجَتْ عَنِ الثُّلُثِ، فَيَبْطُلُ الْعِتْقُ وَالْخِيَارُ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ رَجُلٌ، وَخَلَفَ أَخًا وَعَبْدَيْنِ، فَأَعْتَقَهُمَا، فَشَهِدَا: بِأَنَّ لِلْمَيِّتِ أَبْنَاءَ مِنْ زَوْجَتِهِ، فَإِنَّهُ يُثْبِتُ الزَّوْجِيَّةَ وَالنَّسَبَ، دُونَ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ الْإِبْنُ، أَبْطَلَ الْعِتْقَ وَالشَّهَادَةَ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ أَوْصَى لَهُ بِإِبْنِهِ، فَمَاتَ، وَخَلَفَ أَخًا^(٥)، فَقَبِلَ الْوَصِيَّةَ، عَتَقَ الْإِبْنَ، وَلَمْ يَرِثْ لِأَنَّهُ

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي «وإن اشتراه بالصدّاق بعد المسيس وقلنا. إن طريان الملك على الرقيق يبرئ ذمته عن دين السيد الممتلك لم يصح الشراء أيضاً»، هذا وجه والأظهر الصحة. [ت]

(٣) من ب: فيعري البيع.

(٤) قال الرافعي: «إذا زوج المريض أمته عبداً، وقبض صداقها، وأتلفه، ثم أعتقها» لا يشترط في صورة المسألة وقوع التزويج: والإتلاف في المرض، وإنما المعتبر وقوع الإعتاق في المرض. [ت]

(٥) قال الرافعي: «لو أوصى له بابنه فمات وخلف أخاً» المسألة مذكورة مرّة في «الوصايا» آخر الباب الأول. =

لَوْ وَرَثَ، لَحَجَبَ الْأَخَ، وَبَطَلَ قَبُولُهُ.

(الْحَامِسَةُ): لَوْ اشْتَرَى الْمَرِيضُ أَبَاهُ عَتَقَ^(١)، وَلَمْ يَرِثْ؛ كَيْلَا يَصِيرَ الْعِتْقُ وَصِيَّةً لَوَارِثٍ، فَيَبْطُلَ.

(الْفَصْلُ السَّادِسُ: فِي النِّزَاعِ)، وَدَعَوَى الرَّجُلُ الزَّوْجِيَّةَ صَحِيحَةً، وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهَا الدَّعْوَى؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ وَدَعْوَاهَا الْمَهْرُ صَحِيحَةٌ، وَأَمَّا دَعْوَاهَا مُجَرَّدَ الزَّوْجِيَّةِ، فَفِيهِ خِلَافٌ^(٢)، لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ حَقٌّ عَلَيْهَا، وَإِنْ كَانَ مُتَعَلِّقٌ حُقُوقٍ لَهَا.

ثُمَّ إِنْ سَكَتَ الزَّوْجُ، أَقَامَتِ الْبَيْتَةُ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَإِنْكَارُهُ طَلَاقٌ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَلَا مَعْنَى لِلْبَيْتَةِ، وَإِذَا زَوَّجَ إِحْدَى ابْنَتَيْهِ، وَمَاتَ، وَعَيَّنَ الزَّوْجُ إِحْدَاهُمَا، وَقَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: أَنَا الْمُتَزَوِّجَةُ، فَالْمُعَيَّنَةُ مَنْكُوحَةٌ، وَالثَّانِيَةُ تَدْعِي لِنَفْسِهَا زَوْجِيَّةً مُجَرَّدَةً، وَإِنْ قَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: صَاحِبَتِي مُزَوَّجَةٌ، فَالْتَّي لَمْ يُعَيِّنْهَا الزَّوْجُ لَا خُصُومَةَ مَعَهَا، إِنَّمَا الدَّعْوَى عَلَى الْأُخْرَى، وَلَوْ شَهِدَ شُهُودٌ عَلَى النِّكَاحِ، وَآخَرُونَ عَلَى الْإِصَابَةِ، وَآخَرُونَ عَلَى الطَّلَاقِ، وَالزَّوْجُ مُنْكَرٌ لِلنِّكَاحِ، ثُمَّ رَجَعُوا، وَقُلْنَا: يَجِبُ الْغَرْمُ بِالزُّجُوعِ، فَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَى شُهُودِ النِّكَاحِ وَشُهُودِ الْإِصَابَةِ^(٣) فِي النِّكَاحِ، لَا عَلَى شُهُودِ الطَّلَاقِ؛ فَإِنَّهُمْ وَافَقُوا الزَّوْجَ فِي إِنْكَارِهِ، لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ شُهُودَ النِّكَاحِ، وَإِنْ رَجَعُوا، لَا يُغَرِّمُونَ؛ لِأَنَّهُمْ أَثْبَتُوا حَقًّا فِي مُقَابَلَةِ مَا خَسِرُوا؛ بِخِلَافِ شُهُودِ الْمَالِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ مَا خَسِرُوهُ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، كَانَ غَرْمُ الزَّيَادَةِ خَارِجًا؛ عَلَى قَوْلِي الْغَرْمُ بِالْحَيْلُولَةِ فِي شُهُودِ الْمَالِ، إِذَا رَجَعُوا، وَإِذَا أَدَّعَتْ أَمْرًا مَحْرَمِيَّةً أَوْ رِضَاعًا بَعْدَ أَنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاعِهَا، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا إِلَّا إِذَا ذَكَرَتْ عُذْرًا لِنِسْيَانِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُجَبَّرَةً، قِيلَتْ دَعْوَاهَا، فَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ.

وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ. ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ مَخْجُونًا، أَوْ مَخْجُورًا عِنْدَ الْعَقْدِ، فَإِنْ لَمْ يُعْهَدْ ذَلِكَ لَهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنْ أَدَّعَى الصَّبَا، أَوْ عُهِدَ لَهُ الْجُنُونُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي وَجْهِهِ^(٤)، وَقَوْلُ الزَّوْجِ، فِي الْوَجْهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ الْوَلِيِّ بِالْعَقْدِ، فَيَحْمَلُ عَلَى الصَّحَّةِ، وَلَوْ أَخْرَمَ الْوَلِيُّ بَعْدَ التَّوَكُّيلِ بِالنِّكَاحِ، ثُمَّ أَدَّعَى أَنَّ الْوَكِيلَ زَوَّجَ بَعْدَ الْإِحْرَامِ، فَالْتَّصُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ.

[ت] =

(١) قال الرافعي: «ولو اشترى المريض أباه عتق» هذا القدر قد مر في «الوصية» ويأتي في «العتق» أيضاً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما دعواها مجرد الزوجية ففيه خلاف» المسألة معادة مع زيادات في الدعاوى والبيانات وذلك الموضوع أحق بها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإنما يجب على شهود النكاح وشهود الإصابة إلى آخره» قد يشعر بتخصيص الغرم بشهود الإصابة، لكن أحداً لم يخصص الغرم على شهود الإصابة، بل من لم يوجب على شهود النكاح لم يوجب على شهود الإصابة، فليحمل على أنه لو كان غرم لكان على هذين الصنفين، لكن الأصح أنه لا غرم على شهود النكاح، وشهود الإصابة يلتحقون بهم، فيخرج منه ترجيح الوجه الصائر إلى أنه لا غرم على واحد منهم، والذين أوردوا المسألة أكثرهم يرجع وجوب الغرم على شهود النكاح والإصابة. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن ادعى الصبا، أو عهد له جنون، فالقول قوله في وجه قيل: هما قولان مخرجان. [ت]

كِتَابُ الصَّدَاقِ (١)

وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:

(١) الصَّدَاقُ بفتح الصاد وكسرهما: ما وجب بنكاح، أو وطء، أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود،

سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر.

ويقال له أيضاً مهر؛ ونحلة، وفريضة، وأجر، وعقر.

قال سيدنا عمر رضي الله عنه «لها عَقْرُ نَسَائِهَا».

ومنه قولهم: «الوطء لا يخلو عن عَقْرٍ أو عَقْرٍ» وعليقة: قال عليه الصلاة والسلام: أَدَّوْا الْعَلَائِقَ.

قالوا: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى به الْأَهْلُونَ.

وَجِبَاءٌ، ونكاح: قال تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾.

وطول: قال تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا﴾.

وخرس قال العلامة القليوبي:

أَسْمَاءُ مَهْرٍ مَعَ ثَلَاثِ عَشَرَ مَهْرَ صَدَاقٍ طَوَّلٌ خُرْسٌ أَجْرٌ

عَطِيَّةٌ جِبَاءٌ عَلَائِقٌ نَخْلَةٌ فَرِيضَةٌ نِكَاحٌ صَدُوقَةٌ عَقْرٌ

وكلها مذكورة في الكتاب والسنة.

وقيل: الصداق ما وجب بتسمية في العقد، والمهر: ما وجب بغير ذلك. واصطلاحاً:

عَرَفَهُ الْحَنْفِيُّ بِأَنَّهُ: هُوَ الْمَالُ الْوَاجِبُ مِنْ عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَى الزَّوْجِ فِي مَقَابِلَةِ مَنَافِعِ الْبُضْعِ إِمَّا بِالتَّسْمِيَةِ

أَوْ بِالْعَقْدِ.

عَرَفَهُ الشَّافِعِي بِأَنَّهُ: مَا وَجِبَ بِنِكَاحٍ، أَوْ وَطْءٍ، أَوْ تَفْوِيتِ بُضْعٍ قَهْرًا.

عَرَفَهُ الْمَالِكِيُّ بِأَنَّهُ: مَا يُعْطَى لِلزَّوْجَةِ فِي مَقَابِلَةِ الْإِسْتِمْتَاعِ بِهَا.

عَرَفَهُ الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ: الْعَوْضُ فِي النِّكَاحِ، سِوَا سَمِيِّ فِي الْعَقْدِ، أَوْ فَرْضِ بَرَةٍ بِتَرَاضِيهِمَا، أَوْ الْحَاكِمِ

وَنَحْوِهِ كَوَطْءِ شَبْهَةٍ.

ينظر: شرح المحلى: ٢٧٥/٣، حاشية الدسوقي: ٢٩٣/٢، كشف القناع: ١٢٨/٥.

حاشية ابن عابدين ٣٢٩/٢.

الدليل على مشروعيته: الكتاب، والسنة، والإجماع. قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ أي

عطية من الله مبتدأة، لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر، فكانها تأخذ الصَّدَاقَ من غير

مقابل.

وقيل: نحلة تدبناً، من قولهم فلان يتحل بكذا أي يَتَدَبَّنُ.

وأخبار كقوله - صلى الله عليه وسلم - لمريد التزويج «التمس ولو خاتماً من حديد» رواه الشيخان.

والحكمة في مشروعيته حصول الرغبة والألفة والمحبة بين الزوجين، وإشعار المرأة بميزة الرجل

عليها، وقد تستعين به على تجهيز نفسها، كما هو مُشَاهَدُ الْآنَ.

ووجب عليه؛ لأنه أقوى منها، وأكثر كَسْباً؛ قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ

بِهِ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ ولأنه رب الأسرة وإليه تنسب.

وهل المهر عوض أو تكربة وفضيلة للزوج؟.

قولان حكاهما المرعشي: الأول نظر إلى الظاهر من كونه في مقابلة منفعة البضع، والثاني: نظر إلى=

أَلْبَابُ الْأَوَّلِ:

فِي الصَّدَاقِ الصَّحِيحِ، وَحُكْمِهِ فِي الصَّمَانِ وَالتَّسْلِيمِ وَالتَّقْرِيرِ (الْأَوَّلُ: حُكْمُ الصَّمَانِ)، وَهُوَ مَضْمُونٌ فِي يَدِ الزَّوْجِ صَمَانَ الْعَقْدِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَحُكْمُهُ فِي الِاسْتِئْذَالِ حُكْمُ الثَّمَنِ، وَفِي الثَّلَفِ وَالتَّعْيِبِ وَفَوَاتِ الْمَنَافِعِ وَتَقْوِيَتِهَا حُكْمُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ فَلَا مَعْنَى لَتَكْثِيرِ الْكَلَامِ بِالتَّقْرِيعِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ؛ فَإِنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ الصَّدَاقَ عَوْضٌ، وَلِذَلِكَ يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ (م ز) بِفَسَادِهِ؛ لَأَنَّ إِخْلَاءَ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ لَا يَفْسِدُهُ، لِأَنَّهُ يُثْبِتُ شُرْعاً فِي الْمُفَوَّضَةِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ^(١) (و)، فَهُوَ مُسْتَعْنٍ عَنِ الذِّكْرِ، وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ ذِكْرُهُ فِي التَّعْيِينِ؛ وَالتَّقْدِيرِ، فَلَا جَرَمَ إِنْ فَسَدَ التَّعْيِينُ بِأَنْ ذَكَرَ حُرّاً أَوْ خَنْزِيراً، صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ، وَيُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَعَلَى قَوْلِ آخَرَ يُلْغَوُ تَعْيِينُهُ، وَلَكِنْ يُرْجَعُ إِلَى قِيَمَتِهِ (ح)، إِذْ يُغْتَبَرُ الذِّكْرُ فِي تَقْدِيرِ مَبْلَغِ الصَّدَاقِ، وَإِنْ لَمْ يُغْتَبَرِ فِي التَّعْيِينِ، فَيَقْدَرُ الْحُرُّ عَبْدًا، وَالْخَمْرُ عَصِيراً (و)، وَالْخَنْزِيرُ (و) شَاةً.

(الْحُكْمُ الثَّانِي: فِي التَّسْلِيمِ)، وَابْتِدَاءُهُ بِتَسْلِيمِ الصَّدَاقِ؛ عَلَى قَوْلِ.

وَفِي قَوْلِ لَا بُدَّاءَ، بَلْ يُجَبِّرَانِ مَعَا؛ بِأَنْ يُسَلِّمَ الصَّدَاقُ إِلَى عَدْلٍ؛ حَتَّى إِذَا مَكَّنَتْ، سَلَّمَ إِلَيْهَا. وَعَلَى قَوْلِ ثَالِثٍ لَا يُجَبِّرَانِ، بَلْ يَبْدَأُ مَنْ أَرَادَ أَخْذَ الْمُعَوَّضِ.

فَإِنْ قُلْنَا: ابْتِدَاءُهُ بِالصَّدَاقِ، فَذَلِكَ إِنَّمَا يَجِبُ، إِذَا كَانَتْ مُهَيَّأَةً لِلِاسْتِغْنَاءِ، فَإِنْ كَانَتْ مَحْبُوسَةً أَوْ مَمْنُوعَةً بِعُدْرٍ آخَرَ، لَمْ يَلْزَمَ تَسْلِيمُ الصَّدَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ صَبِيَّةً، فَفِي وَجُوبِ تَسْلِيمِ الْمَهْرِ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي التَّفَقُّهِ، ثُمَّ إِذَا بَادَرَتْ وَمَكَّنَتْ، كَانَ لَهَا طَلَبُ الصَّدَاقِ وَإِنْ لَمْ يَطَّأَهَا عَلَى قَوْلِ نَعَمْ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى الِاسْتِغْنَاءِ سَقَطَ طَلَبُهَا إِلَّا إِذَا وَطَّئَهَا؛ فَإِنَّ الْمَهَرَ يَسْتَقِرُّ بِوِطْءٍ وَاحِدَةٍ، وَلَيْسَ (و ح) لَهَا بَعْدَ الْوِطْءِ حَبْسُ نَفْسِهَا؛ لِأَجْلِ الصَّدَاقِ؛ إِذْ بَطَلَ [ح]^(٢) حَقُّهَا بِالتَّمْكِينِ مِنْ وَطْءٍ وَاحِدٍ^(٣)، أَمَّا إِذَا بَادَرَ الزَّوْجُ،

= الباطن من كونها تستمتع به كما يستمتع بها.

هذا وقد كان أولياء الأمور في الجاهلية يأخذون مهور النساء، ولا يعطونها شيئاً ظلماً وعدواناً، فجاءت الشريعة الإسلامية، فقضت بسوقه إليها بقوله تعالى: ﴿وَأَتَوِ النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ أي أعطوهن مهورهن إعطاءً حتماً فريضة لهن من الله، ولا تأخذوا من مهورهن شيئاً إلا عن طيب نفس منهن ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا﴾.

والمخاطب بإيتاء المهور إلى النساء الأزواج عند الأكثرين، وهو الظاهر وقيل: الأولياء.

(١) قال الرافعي: «في المفوضة» على الصحيح أي من القولين. [ت]

وقال أيضاً: «لأنه ثبت شرعاً في المفوضة على الصحيح» أي بالعقد، والأكثر على أن المرجع

خلافه... [ت]

(٢) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «وليس لها بعد الوطء حبس نفسها لأجل الصداق؛ إذ بطل حقها بالتامكين من وطء واحد»

لو طرح هذا التوجيه لجاز؛ لأنه غير مفيد، فإن من يقول لها الحبس بعد الوطء لا يسلم بطلان حق الحبس=

وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يُجْبَرُ الزَّوْجُ، فَلَهُ الْأَسْتِزْدَادُ، إِذَا امْتَنَعَتْ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُجْبَرُ، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِالْمُبَادَرَةِ، فَلَيْسَ لَهُ الْأَسْتِزْدَادُ، وَمَهْمَا سَلَّمَ الصَّدَاقَ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُنْهَلَهَا رِثْمًا تَسْتَعِدُّ بِالتَّنْظُفِ وَالْأَسْتِخْدَادِ، وَأَفْصَى الْمُهْلَةِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَلَا يُنْهَلُهَا لِأَجْلِ تَهْيَةِ الْجِهَازِ وَأَغْرَاضِ آخَرَ سِوَى التَّنْظُفِ، وَلَا يُنْهَلُ لِأَجْلِ الْحَيْضِ، فَإِنَّ لَهُ الْأَسْتِمْتَاعَ بِمَا فَوْقَ الْإِزَارِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا تُطَبِّقُ الْجَمَاعَ أَوْ مَرِيضَةً، وَجَبَ الْإِنْهَالُ.

(الْحُكْمُ الثَّالِثُ: التَّفْرِيزُ)، وَلَا يَتَقَرَّرُ كَمَالُ الْمَهْرِ إِلَّا بِالْوَطْءِ أَوْ بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، وَلَا يَتَقَرَّرُ بِالْخُلُوةِ (ح)؛ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ.

(الْبَابُ الثَّانِي فِي الصَّدَاقِ الْفَاسِدِ)

وَلَفْسَادِهِ سِتَّةُ مَدَارِكَ:

(الْأَوَّلُ): أَلَا يَقْبَلُ الْمَلِكُ؛ كَالْحُرِّ، وَالْخَمْرُ، وَالْخَنْزِيرُ، وَالْعَصْبُ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرٍ (ح) الْمِثْلِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِلَى قِيَمَةِ (ح) الْمَذْكُورِ عَلَى قَوْلٍ.

(الثَّانِي: الشَّرْطُ)، وَلَا يَفْسُدُ (و) النِّكَاحُ بِشَرْطٍ لَا يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ أَلَا يَتَسَرَّيَ عَلَيْهَا، أَوْ لَا يَمْنَعَهَا مِنَ الْخُرُوجِ، أَوْ لَا يَجْمَعُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ضَرَاتِهَا فِي مَسْكَنِ أَوْ لَا يَقْسِمُ [لَهَا] ^(١)، أَوْ لَا يَنْفِقَ عَلَيْهَا، وَيَفْسُدُ بِكُلِّ مَا يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ الطَّلَاقِ، وَتَرْكِ الْوَطْءِ ^(٢)، إِلَّا عَلَى وَجْهِ (ز) بَعِيدٍ، وَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ بِالشَّرْطِ فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ كَالْعِوَضِ الْمُضَافِ إِلَى الصَّدَاقِ، وَيَتَعَدَّى الرُّجُوعُ إِلَى قِيَمَةِ الْمَشْرُوطِ، فَيَتَعَيَّنُ الرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ شَرَطَ الْحَيَّازُ فِي الصَّدَاقِ، ثَبَتَ عَلَى قَوْلٍ، وَفَسَدَ النِّكَاحُ عَلَى قَوْلٍ، وَفَسَدَ فِي نَفْسِهِ دُونَ النِّكَاحِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يَبْهَأَ أَلْفًا، فَسَدَ (م) الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ إِلَى الْأَبِ اسْتِخْقَاقَ أَلْفٍ سِوَى الصَّدَاقِ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ [عَلَى] ^(٣) أَنْ أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا، صَحَّ الصَّدَاقُ، وَمَعْنَاهُ: نَكَحْتُ بِأَلْفَيْنِ، أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنْهَا.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا أَيْضًا فَاسِدٌ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يُنْبِئُ عَنِ الْوَكَالَةِ فِي الْأَدَاءِ، بَلْ عَنِ شَرْطِ الْإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالْقَلِّ وَالْتَّخْرِيجِ.

(الثَّالِثُ: تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ)، فَإِنْ أَضَدَّقَهَا عَبْدًا يُسَارِي الْقَيْنِ عَلَى أَنْ تَرُدَّ أَلْفًا، فَنِصْفُ الْعَبْدِ مَبِيعٌ، وَنِصْفُهُ صَدَاقٌ، وَهُمَا عَقْدَانِ مُخْتَلِفَانِ، وَفِي جَمْعِهِمَا فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ قَوْلَانِ، فَإِنْ

= بِالْوَطْءِ. [ت]

(١) فِي ب: عَلَيْهَا.

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَيَفْسُدُ بِكُلِّ مَا يُخِلُّ بِمَقْصُودِ كَشَرْطِ الطَّلَاقِ وَتَرْكِ الْوَطْءِ» الْمَسْأَلَتَانِ مَذْكُورَتَانِ «فِي فَصْلِ

التَّحْلِيلِ»، وَيَسْتَوِي فِيهِ كُلُّ فِرَاقٍ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ. [ت]

(٣) فِي أ: وَعَلَى

صَحَّحْنَاهُمَا، فَلَوْ أَرَادَ إِفْرَادَ الصَّدَاقِ، أَوْ الْمَيْعَ بِالرُّدِّ بِالْعَيْبِ، جَازَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدِ الْمَيْعِ، وَلَوْ جَمَعَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بَيْنَ نِسْوَةٍ عَلَى صَدَاقٍ وَاحِدٍ، فَنِي صَحَّةِ الصَّدَاقِ قَوْلَانِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَجْهَلُ نَصِيبَ نَفْسِهَا، وَكَذَا فِي الْخُلْعِ نَصٌّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا مِنْ جَمَاعَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٍ بِشَمَنِ وَاحِدٍ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ؛ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ، وَنَصٌّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى عَوَضٍ وَاحِدٍ، صَحَّتِ الْكِتَابَةُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ شَوْبِ الْعِنَقِ، وَقِيلَ: يُطْرَدُ الْقَوْلَانِ (م) فِي الْجَمِيعِ، لِكُنْهُ لَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ الْعَبْدَ بِمَا يَخُضُّهُ مِنَ الْأَلْفِ، إِذَا وَزَعَ عَلَى قِيَمَتِهِ، وَعَلَى قِيَمَةِ عَبْدٍ فَلَانِ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ.

(التَّفْرِيعُ): إِنْ قَضَيْنَا بِصَحَّةِ الصَّدَاقِ، وَزَعَّ عَلَى مُهُورٍ أَمْثَالَهُنَّ.

وَقِيلَ: عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِنَّ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَإِنْ قَضَيْنَا بِالْفَسَادِ، رَجَعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِلَى قِيَمَةٍ مَا يَقْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ؛ عَلَى قَوْلٍ؛ لِأَنَّ هَذَا مَجْهُولٌ يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ أَصْدَقَهَا مَجْهُولًا، لَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ؛ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَّصِفَ إِبْتِثُ الصَّدَاقِ رَفْعُهُ؛ كَمَا إِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لِعَبْدِهِ، وَجَعَلَ رَقَبَتَهُ صَدَاقَهَا، فَيَفْسُدُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ، وَمَلَكَتْ زَوْجَهَا، لَانْفَسَخَ، أَمَّا إِذَا زَوَّجَ مِنْ ابْنَتِهِ أَمْرَأَةً، وَأَصْدَقَهَا أُمَّ ابْنَتِهِ مِنْ مَالٍ نَفْسِهِ، فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهَا، مَا لَمْ تَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ، وَلَوْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ، لَعَقَّتْ عَلَيْهِ، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ دُونَ الصَّدَاقِ.

(الخَامِسُ): أَنْ يُزَوَّجَ مِنْ ابْنَتِهِ بِأَكْثَرٍ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ ابْنَتِهِ بِأَقَلِّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، فَيَفْسُدُ الصَّدَاقُ (ح م)، وَفِي [صَحْحٍ] ^(١) النِّكَاحُ قَوْلَانِ؛ وَوَجْهُ الْفَسَادِ أَنَّ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ دُونَ رِضَاهُم، وَمَا قَبِعُوا بِهِ بَعْدَ، وَلَوْ [أَصْدَقَ زَوْجَةَ ابْنَتِهِ] ^(٢) أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَكِنْ مِنْ مَالٍ نَفْسِهِ، جَازَ (و) وَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْإِنْتِ ضَمْنًا.

(فَرَعٌ) إِذَا تَوَاطَأَ أَوْلِيَاءُ الزَّوْجَيْنِ عَلَى ذِكْرِ الْقَيْنِ فِي الْعَقْدِ ظَاهِرًا، وَعَلَى الْاِئْتِفَاءِ بِالْأَلْفِ بَاطِنًا، فَالْوَاجِبُ مَهْرُ السَّرِّ أَوْ الْعَلَانِيَةِ (ح)؟ فِيهِ قَوْلَانِ ^(٣)، مَأْخُذُهُمَا أَنَّ الْعِبْرَةَ بِالْاِضْطِلَاحِ الْخَاصِّ، أَوْ الْعَامِّ.

(السَّادِسُ): أَنْ يُخَالِفَ الْأَمْرُ، فَإِذَا قَالَتْ: زَوَّجْنِي بِالْأَلْفِ، فَرَوَّجَهَا الْوَلِيُّ (ز)، أَوْ وَكَيْلُ الْوَلِيِّ بِخَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، وَلَوْ قَالَتْ: زَوَّجْنِي مُطْلَقًا، فَرَوَّجَ بِأَقَلِّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا.

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «فالواجب مهر السر، أو مهر العلانية فيه قولان إلى آخره» هذا طريق تنزيل النصين المختلفين من المسألة على حالين. [ت]

وَقِيلَ: يَصْخُ وَيَرْجِعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَلَوْ رَوَّجَهَا مُطْلَقًا، فَيَحْتَمِلُ التَّصْحِيحَ لِلْمُطَابَقَةِ، وَيَحْتَمِلُ الْإِفْسَادَ؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ الْمُطْلَقِ ذِكْرُ الْمَهْرِ عُرْفًا، وَلَوْ قَالَتْ: رَوَّجَنِي بِمَا شَاءَ الْخَاطِبُ، فَرَوَّجَ، فَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالْوَاجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلَوْ عَرَفَ مَا شَاءَ الْخَاطِبُ، فَقَالَ: رَوَّجْتُكَ بِمَا شِئْتُ، صَحَّ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لَخَلَلِ اللَّفْظِ؛ [إِذْ لَمْ يَتَلَفَّظْ بِهِ] ^(١).

(الْبَابُ الثَّالِثُ فِي الْمَفْوضَةِ)

وَنَعْنِي بِالتَّفْوِضِ إِخْلَاءَ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ بِأَمْرِ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ؛ كَمَا إِذَا قَالَتْ الْبَالِغَةُ: رَوَّجَنِي بِغَيْرِ مَهْرٍ، فَرَوَّجَ، وَتَقَى الْمَهْرَ، أَوْ سَكَتَ عَنْ ذِكْرِهِ، وَكَذَا السَّيِّدُ إِذَا رَوَّجَ أَمَتَهُ بِغَيْرِ مَهْرٍ، وَأَمَّا تَفْوِضُ السَّفِيهَةِ، لَا يُعْتَبَرُ فِي إِسْقَاطِ الْمَهْرِ؛ وَكَذَا الصَّبِيَّةُ، ثُمَّ الْمَفْوضَةُ تَسْتَحِقُّ عِنْدَ الْوَطْءِ مَهْرَ الْمِثْلِ، وَهَلْ تَسْتَحِقُّ بِالْعَقْدِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّ الشَّطْرَ (ح) عِنْدَ الطَّلَاقِ، إِلَّا إِذَا جَرَى الْفَرَضُ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَضَدَّهَا خَمْرًا، تَشَطَّرَ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ كَالْمَفْرُوضِ، وَمَعْنَى الْفَرَضِ تَعْيِينُ الصَّدَاقِ، أَوْ تَقْدِيرُهُ، وَكَانَ الْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالْمَسِيسِ الْمُنتَظَرِ مَهْرُ الْمِثْلِ، أَوْ مَا تَرَاصَى بِهِ الزَّوْجَانِ أَحَدُهُمَا لَا بَعِيْنَهُ، وَلِلْمَرْأَةِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ طَلَبُ الْفَرَضِ؛ لِتَقْرِيرِ الشَّطْرِ أَوْ لِتَغْرِيفِ مَا سَيَجِبُ بِالْمَسِيسِ، وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِلْفَرَضِ، لَا لِتَسْلِيمِ الْمَفْرُوضِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ عِنْدَ الْفَرَضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِبْتِثَاتُ الْأَجْلِ فِي الْمَفْرُوضِ؟ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِبْتِثَاتُ زِيَادَةِ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، إِذَا كَانَ الْفَرَضُ مِنْ جِنْسِهِ؟ وَجْهَانِ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ تَعْيِينُ عَرْضِ يَسَاوِي أَضْعَافَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ أَزْرَأَتْ قَبْلَ الْفَرَضِ، جَازَ عَلَى قَوْلِ الْوُجُوبِ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ بِالْوَطْءِ، خُرُوجَ عَلَى الْإِبْرَاءِ عَمَّا لَمْ يَجِبْ، وَجَرَى سَبَبٌ وَجُوبِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَسْقَطْتُ حَقَّ طَلَبِ الْفَرَضِ، لَمْ يَنْقُطْ، وَلَوْ فَرَضَ لَهَا خَمْرًا، لَعَا الْفَرَضُ، وَلَمْ يُؤْثَرْ فِي الشَّطْطِيرِ؛ بِخِلَافِ الْمَقْرُونِ بِالْعَقْدِ، وَلَوْ أَمْتَنَعَ مِنَ الْفَرَضِ، فَرَضَ الْقَاضِي بِنْيَابَةِ قَهْرِيَّةٍ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ فَرَضَ الْأَجْنَبِيُّ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ الْمَفْرُوضُ؛ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِالْأَدَاءِ.

وَقِيلَ: لَا يَصْخُ فَرَضُ الْأَجْنَبِيِّ.

وَمَعْنَى مَهْرِ الْمِثْلِ الْقَدَرُ الَّذِي يَرْغَبُ بِهِ فِيهَا، وَالْأَصْلُ فِيهِ النَّسَبُ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ الْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ لِلْأَبِ، دُونَ الْبَنَاتِ وَالْأُمَّهَاتِ، وَيُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ الْعِمَّةُ، وَالْجَمَالُ، وَالْخُلُقُ، وَكُلُّ مَا يَتَفَاوَتُ بِهِ الرِّغْبَةُ، وَلَوْ سَمَحَتْ وَاحِدَةٌ مِنَ الْعَشِيرَةِ، لَمْ يَلْزَمْ الْبَاقِيَاتِ، وَلَوْ كُنَّ يُنْكَحْنَ بِأَلْفٍ مُوَجَّلٍ، لَمْ يَنْبُتِ الْأَجْلُ، بَلْ يَنْقُصُ بِقَدْرِهِ مِنَ الْأَلْفِ، وَلَوْ كُنَّ يُسَامِحْنَ الْعَشِيرَةَ، دُونَ غَيْرِهِمْ، لَزِمَ ذَلِكَ فِي الْعَشِيرَةِ دُونَ غَيْرِهِمْ، وَالْوَطْءُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ [وَالشُّبْهَةُ] ^(٢) يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ؛ بِاعْتِبَارِ يَوْمِ

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ط.

الوطء، لَا يَوْمُ الْعَقْدِ، فَإِذَا أُنْخِذَتِ الشُّبْهَةُ، أُنْخِذَ الْمَهْرُ، وَإِنْ وَطِئَ مِرَارًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ شُبْهَةً، كَوَطَّاتِ الزَّانِي الْمُكْرَهُ، وَجَبَ بِكُلِّ وَطْءٍ مَهْرٌ، وَالْأَبُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةً ابْنَهُ مِرَارًا، فَفِي الْإِكْتِفَاءِ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ وَجْهَانِ، وَوَجْهُهُ شُمُولُ شُبْهَةِ الْإِعْفَافِ، وَإِذَا وَجَبَ مَهْرٌ وَاحِدٌ بِوَطْآتٍ، فَيُعْتَبَرُ عَلَى الْأَحْوَالِ.

(البَابُ الرَّابِعُ فِي التَّشْطِيرِ، وَفِيهِ فُصُولٌ)

(الْأَوَّلُ: فِي مَحَلِّهِ وَحُكْمِهِ)، وَنَقُولُ: أَرْتِفَاعُ النِّكَاحِ قَبْلَ الْمَسِيسِ^(١)، لَا يَسَبُّبُ مِنْ جِهَتِهَا، يُوجِبُ تَشْطِيرَ الصَّدَاقِ الثَّانِي بِتَسْمِيَةِ مَقْرُونَةٍ بِالْعَقْدِ صَحِيحَةٍ أَوْ فَاسِدَةٍ (ح)، أَوْ بِفَرْضِ صَحِيحٍ بَعْدَ الْعَقْدِ؛ كَمَا فِي الْمَفْرُوضَةِ (ح)، وَيَسْتَوِي فِيهِ كُلُّ فِرَاقٍ، وَإِنَّمَا يَنْقُطُ جَمِيعُ الْمَهْرِ قَبْلَ الْمَسِيسِ بِفَسْخِهَا بِعَيْنِهِ أَوْ فُسْخِهِ بِعَيْنِهَا، وَمَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنْ يَرْجَعَ الْمَلِكُ فِي شَطْرِ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ بِمُجَرَّدِ الطَّلَاقِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُنْبِئُ لَهُ خِيَارُ الرُّجُوعِ فِي النِّصْفِ؛ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا عَلَى كَمَالِ الْمَهْرِ، سَلَّمَ لَهَا، وَكَأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ حَقِّهِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْقَطْتُ خِيَارِي، فَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَنْقُطَ كَخِيَارِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ.

(فَرَعٌ): لَوْ تَلَفَ الصَّدَاقُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الْإِنْقِلَابِ إِلَيْهِ، فَفِي الضَّمَانِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَجْهِهِ كَالْمَبِيعِ، وَمِنْ وَجْهِهِ كَالْمَوْهُوبِ بَعْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِهَا بَعْدَ رُجُوعِ الْكُلِّ بِالْفُسْخِ، فَهُوَ مَضْمُونٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ تَرَادُّ الْعَوَضَيْنِ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْيِيرَاتِ قَبْلَ الطَّلَاقِ)، وَذَلِكَ إِمَّا بِزِيَادَةٍ مَخْصُصَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ مَخْصُصٍ، أَوْ زِيَادَةٍ مِنْ وَجْهِهِ، وَنُقْصَانٍ مِنْ وَجْهِهِ:

(أَمَّا النُّقْصَانُ)؛ كَالْتَعْيِبِ فِي يَدِهَا، فَيُنْبِئُ لَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ، رَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ النِّصْفِ السَّلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ، قَبِعَ بِنِصْفِ الْمَعِيبِ مِنْ غَيْرِ أَرْضٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّ لَهُ الْأَرْضَ.

وَإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الْمَعِيبِ؛ لِأَنَّهُ نَقَصٌ مِنْ ضَمَانِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجَنَائَةِ جَانٍ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ مَعَ ذَلِكَ نِصْفَ الْأَرْضِ، أَمَّا الزِّيَادَةُ إِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً سَلَّمَتْ لَهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً، أَمْتَنَعَ رُجُوعُهُ إِلَّا بِرِضَاهَا، فَإِنْ أَبَتْ، غُرِمَتْ قِيَمَةُ الشَّطْرِ، وَإِنْ سَمَحَتْ أُجِيرَ [و]^(٢) عَلَى الْقَبُولِ، أَمَّا إِذَا زَادَ مِنْ وَجْهِهِ، وَنَقَصَ مِنْ وَجْهِهِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ؛ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ عَبْدًا صَغِيرًا، فَكَبِرَ، فَتَفْصَانُهُ زَوَالُ الطَّرَاوَةِ، أَوْ شَجَرَةً، فَأَزَلَّتْ، وَنَقَصَتْ الثَّمَرَةُ، وَلَا يَشْتَرِطُ فِي الزِّيَادَةِ زِيَادَةُ الْقِيَمَةِ، بَلْ مَا فِيهِ غَرَضٌ مَقْصُودٌ يُنْبِئُ الْخِيَارَ، وَالْحَمْلُ فِي الْجَارِيَةِ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهِهِ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهِهِ، وَفِي الْبَهِيمَةِ زِيَادَةُ مَخْصَصَةٍ (و) إِلَّا إِذَا أَثَّرَ فِي إِفْسَادِ اللَّحْمِ، وَالزَّرَاعَةِ نُقْصَانٌ مَخْصُصٌ لِلْأَرْضِ؛ إِذَا الزَّرْعُ يَبْقَى لَهَا، وَالْغِرَاسُ كَذَلِكَ.

(١) قال الرافعي: «قوله ارتفاع النكاح قبل المسيس... إلى آخره» ما يفيد المقصود. [ت]

(٢) سقط من ب.

(فُرُوعُ):

(الْأَوَّلُ): لَوْ أَصْدَقَهَا نَحْلًا، فَأَتَمَرْتُ، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْجِدَادِ، فَلَهَا الثَّمَارُ، وَيَعْسُرُ التَّشْطِيرُ إِلَّا بِمُسَامَحَةٍ، أَوْ مُوَافَقَةٍ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا قَطْعَ الثَّمَارِ، وَلَا أَنْ يَسْقِيَ وَيَتَنَفَّعَ بِنَصِيْبِهِ مِنَ الشَّجَرَةِ، وَلَا أَنْ يَتْرَكَ السَّقْيَ؛ إِذْ يَنْصَرُّ ثَمَرُهَا، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُكَلِّفَهُ تَأْخِيرَ الْمِلْكِ إِلَى الْجِدَادِ، وَلَا السَّقْيَ وَلَا تَرْكَهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَيَقُولَ: إِلَيْكَ الْخَيْرُ فِي السَّقْيِ وَتَرْكِهِ، وَأَنَا لَا أَسْقِي؛ لِأَنَّهَا تَنْصَرُّ بِتَرْكِ السَّقْيِ، وَلَا يَلْزِمُهَا نَفْعُ شَجَرَةٍ بِالسَّقْيِ، فَإِنْ سَامَحَ أَحَدُهُمَا، وَالتَزَمَ السَّقْيَ، لَمْ يَلْزِمُهُ الْإِجَابَةُ أَيْضًا، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَعْدٌ، فَرُبَّمَا لَا يَبْقَى بِهِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الثَّمَارِ، يَلْزِمُهُ الْقَبُولُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مِنْهُ؛ لِيَتَدَفَّعَ الْعُسْرُ، فَيَشْتَرِكَانِ فِي الْجَمِيعِ، وَكَذَا الْخِلَافُ (و) فِيمَا لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً، فَوَلَدَتْ، فَطَلَّقَهَا، وَهُوَ رَضِيعٌ، فَقَالَ: أَرْجِعْ إِلَى النِّصْفِ، وَأَرْضَى أَنْ تَبْقَى مُرْضِعَةً، فَإِنْ هَذَا وَعْدٌ مَخْصُصٌ، فَإِنْ تَرَضَّيَا عَلَى الرُّجُوعِ بِالنِّصْفِ، ثُمَّ يَسْقِي مَنْ يَشَاءُ، فَهُوَ تَوَاعُدٌ، فَمَنْ وَعَدَ بِالسَّقْيِ، لَمْ يَلْزِمُهُ، وَمَنْ رَضِيَ بِتَرْكِ السَّقْيِ، يَلْزِمُهُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ.

(الثَّانِي): لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلًا، فَوَلَدَتْ، فَلَا يَرْجِعُ فِي نِصْفِ الْوَلَدِ، إِنْ قُلْنَا: لَا يُقَابِلُهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يُقَابِلُهُ، يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ ظَهَرَتْ بِالْإِنْفِصَالِ.

(الثَّالِثُ): لَوْ أَصْدَقَهَا حُلِيًّا، فَكَسَرْتُهُ، وَأَعَادْتُهُ صَنَعَةً أُخْرَى، فَهُوَ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهِ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهِ، فَإِنْ أَعَادَتْ تِلْكَ الصَّنَعَةَ، لَمْ يَرْجِعْ إِلَّا بِرِضَاهَا؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ حَصَلَتْ بِاخْتِيَارِهَا، وَإِنْ أَبَتْ، فَلَهُ نِصْفُ قِيَمَتِهِ مَصْغُوعًا (م).

وَقِيلَ: إِنْ لَهُ مِثْلُ وَزْنِهِ مِنَ الثَّبْرِ، وَأُجْرَةُ الصَّنَعَةِ^(١).

(الرَّابِعُ): لَوْ أَصْدَقَ الذَّمِّيَّ خَمْرًا، وَقَبِضَتْ، فَأَسْلَمًا، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْمَسِيرِ، وَقَدْ صَارَ خَلًّا يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْخَلِّ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَرْجِعُ، فَلَوْ كَانَ قَدْ تَلَفَ الْخَلُّ قَبْلَ الطَّلَاقِ، رَجَعَ بِمِثْلِهِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ، عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِذَلِكَ يَوْمَ الْقَبْضِ وَلَمْ يَكُنْ إِذْ ذَلِكَ مُتَقَوِّمًا، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْخَمْرِ جِلْدٌ مَيْتَةٌ، فَذَبَعْتُهُ، فَبِهِ خِلَافٌ (و) مُرْتَبٌ، وَمَنْعُ الرُّجُوعِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ حَدَّثَتْ بِاخْتِيَارِهَا.

(الْخَامِسُ): إِذَا أَصْدَقَهَا تَحْلِيمَ الْقُرْآنِ، [وَطَلَّقَ (و) قَبْلَ الْمَسِيرِ^(٢)]، عَسَرَ تَعْلِيمُ النِّصْفِ، لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ، فَلَهَا نِصْفُ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ نِصْفُ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ؛ عَلَى اخْتِلَافِ الْقَوْلَيْنِ.

(١) قال الرافعي: «له مثل وزنه من الثبر وأجرة الصنعة» النظم يشعر بترجيح الأول، وقضية ما سبق فيما إذا

تلف جلياً على إنسان في كتاب «الغصب» بترجيح الثاني. [ت]

(٢) سقط من أ.

(قَاعِدَةٌ): مَهْمَا أَتَيْنَا الْخِيَارَ بِسَبَبِ زِيَادَةِ أَوْ نُقْصَانِ، فَلَا مِلْكَ قَبْلَ الْإِخْتِيَارِ، وَهَذَا الْخِيَارُ لَيْسَ عَلَى الْقَوْرِ، بَلْ كَخِيَارِ رُجُوعِ الْوَاهِبِ، فَإِنْ كَانَ لَهَا الْخِيَارُ، فَأَمْتَنَعَتْ، حُسْنٌ عَنْهَا عَيْنُ الصَّدَاقِ؛ كَالْمَرْهُونِ، وَنَاعَ الْقَاضِي مَنِ الصَّدَاقِ مَا يَبْقَى بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ، فَإِنْ كَانَ لَا يُشْتَرَى النِّصْفُ بِنِصْفِهِ الْقِيَمَةِ الْوَاجِبَةِ، فَيُسَلَّمُ إِلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَيُمْلَكُ إِذَا قَضَى لَهُ بِهِ، وَإِذَا وَجِبَتْ الْقِيَمَةُ، فَهِيَ أَقْلُ قِيَمَةٍ مِنْ يَوْمِ الْإِضْذَاقِ إِلَى يَوْمِ الْقَبْضِ، إِلَّا إِذَا وَجَدَ الثَّلْثُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ، فَيُعْتَبَرُ يَوْمُ الثَّلْثِ.

(الفصل الثالث: في التصرفات المانعة للرجوع)

وَفِيهِ مَسَائِلُ: [إِحْدَاهَا:] ^(١) لَوْ زَالَ مِلْكُهَا بِجَهَةِ لَازِمَةٍ، كَبَيْعٍ وَهَبَةٍ وَعَتَقٍ، تَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ، فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ، فَاَلْمَلِكُ الْعَائِدُ كَالَّذِي لَمْ يَزُلْ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَوْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لَازِمٌ، كَرَهْنٍ وَإِجَارَةٍ، تَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ، فَإِنْ صَبَرَ إِلَى الْإِنْفِكَاحِ، فَلَهُ نِصْفُ (و) الْعَيْنِ، وَلَكِنْ لَوْ بَادَرَتْ إِلَى تَسْلِيمِ الْقِيَمَةِ، لَزِمَهُ الْقَبُولُ لِمَا عَلَيْهَا مِنَ الْعَرَرِ بِفَوَاتِ الْعَيْنِ بَاقَةٍ.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ أَضْدَقَهَا عَبْدًا، فَدَبَّرَتْهُ، لَمْ يَقْدِرِ الزَّوْجُ عَلَى إِنْطَالِ التَّذْيِيرِ؛ بِحُكْمِ الرُّجُوعِ؛ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ؛ فَهِيَ كَزِيَادَةٍ مُتَّصِلَةٍ.

وَقِيلَ قَوْلَانِ.

وَقِيلَ: يَرْجِعُ قَطْعًا، وَهُوَ الْقِيَاسُ.

وَقَدْ اخْتَلَفُوا عَلَى النَّصِّ فِي أَنَّ تَغْلِيْقَ الْعِتْقِ هُوَ كَالْتَّذْيِيرِ، وَوَصِيَّةُ الْعَبْدِ بِالْعِتْقِ، هَلْ هِيَ كَالْتَّذْيِيرِ؟ وَأَنَّ التَّذْيِيرَ، هَلْ يَمْنَعُ رُجُوعَ الْوَاهِبِ، وَرُجُوعَ الْبَائِعِ؟

(الثَّالِثَةُ) لَوْ أَضْدَقَهَا صَبِيًّا، وَالزَّوْجُ مُحْرَمٌ عِنْدَ الطَّلَاقِ، لَمْ يَمْتَنِعْ رُجُوعُ النِّصْفِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ قَهْرِيٌّ؛ كَالْإِزْثِ، ثُمَّ إِنْ غَلَبْنَا حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى، وَجَبَ الْإِزْسَالُ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نِصْفِهَا.

(الفصل الرابع: في هبة الصداق من الزوج)

وَذَلِكَ يَنْفُذُ فِي الدَّيْنِ بِلَفْظِ الْعَفْوِ وَالْإِبْرَاءِ، وَلَا حَاجَةَ (و) إِلَى الْقَبُولِ، وَيَنْفُذُ بِلَفْظِ الْهَبَةِ، وَيَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَفْظُ الْعَفْوِ وَالْإِبْرَاءِ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ فِي الْعَيْنِ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ عَنْ (و) صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ (ح)، وَفِي الْقَدِيمِ لَهُ (م) ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُجْبِرًا، وَلَمْ تَكُنْ مُسْتَقِلَّةً، وَجَرَى بَعْدَ الطَّلَاقِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ، ثُمَّ إِذَا وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ قَبْلَ الطَّلَاقِ، فَفِي رُجُوعِهِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ قَوْلَانِ، وَإِنْ رَجَعَ بِالْإِبْرَاءِ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَلَّا يَرْجِعَ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا، فَوَهَبَتْ مِنْهُ، فَقَوْلَانِ، وَأَوَّلَى بِالرُّجُوعِ، فَإِنْ مَنَعْنَا الرُّجُوعَ، جَعَلْنَا الْهَبَةَ كَالْتَّعْجِيلِ إِلَيْهِ بِالصَّدَاقِ،

(١) من أ: الأولى.

وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي الرُّجُوعِ بِحُكْمِ الْفُسُوحِ بَعْدَ انْتِهَابِ الْمَرْجُوعِ فِيهِ .

(فَرَعَانِ أَحَدَهُمَا) لَوْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْهَبَةُ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَفِي كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهِ بِالنِّصْفِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ .

(أَحَدُهَا): أَنَّ لَهُ النِّصْفَ الْبَاقِيَّ، وَتَنْحَصِرُ هِبَتُهَا فِي نَصِيبِهَا .

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَشِيعُ، فَلَهُ نِصْفُ مَا بَقِيَ، وَرُبُّعُ قِيَمَةِ الْجُمْلَةِ .

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ نِصْفِ قِيَمَةِ الْجُمْلَةِ؛ حِذَاراً مِنَ التَّبَعِضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْهَبَةُ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَعَلَى قَوْلِ أَنْحَصَرَتِ الْهَبَةُ فِي نَصِيبِهِ، فَلَا رُجُوعَ، وَفِي قَوْلِ فِي نَصِيبِهَا، فَلَهُ بَاقِي الصَّدَاقِ، وَفِي قَوْلِ يَشِيعُ، فَلَهُ نِصْفُ الْبَاقِي .

(الثَّانِي) إِذَا اخْتَلَعَتِ الْمَرْأَةُ قَبْلَ الْمَسِيسِ يَنْصِفُ الصَّدَاقَ مُطْلَقاً، فَفِي قَوْلِ يُنْزَلُ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَبْقَى لَهَا، وَعَلَى قَوْلِ يَشِيعُ، فَيَفْسُدُ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَيُبْنَى الْبَاقِي عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ .

(الفصل الخامس: في المُنْعَةِ)

وَكُلُّ مُطْلَقَةٍ قَبْلَ الْمَسِيسِ لَا تَسْتَحِقُّ شَطْرَ الْمَهْرِ، فَتَسْتَحِقُّ (م) الْمُنْعَةَ، وَإِنْ اسْتَحَقَّتْ جَمِيعَ الْمَهْرِ بِالْمَسِيسِ، فَتَسْتَحِقُّ الْمُنْعَةَ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، مَهْمَا طُلِّقَتْ، وَفِي مَعْنَى الطَّلَاقِ [كُلُّ فِرَاقٍ^(١)] يُوجِبُ التَّشْطِيرَ، فَإِذَا لَمْ يُشْطَرِ، أَقْتَضَى الْمُنْعَةَ، وَمِقْدَارُهَا كُلُّ مَا جَارَ (ح ز) أَنْ يُجْعَلَ صَدَاقاً .
وَقِيلَ: مَا يَرَاهُ الْقَاضِي لَاقِئاً بِحَالِهِمَا مِنْ ثَوْبٍ (وز) أَوْ خَاتَمٍ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْطَ عَنْ شَطْرِ الْمَهْرِ؛ كَمَا يُحْطُ التَّغْزِيرُ عَنِ الْحَدِّ .

(الْبَابُ الْخَامِسُ فِي التَّنَازُعِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ)

(إِحْدَاهَا): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْمَهْرِ أَوْ صِفَتِهِ، تَحَالَفَا؛ كَمَا فِي الْبَيْعِ (ح م)، وَيَجْرِي ذَلِكَ (ح) بَعْدَ انْقِطَاعِ النِّكَاحِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ، لِأَنَّ الصَّدَاقَ كَعَقْدٍ مُسْتَقِلٍّ بِنَفْسِهِ، وَيَخْلِفُ الْوَارِثُ الثَّانِي عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَالْمُنْبُتُ عَلَى الْبَثِّ، وَفَائِدَةُ التَّحَالُفِ أَنْفَسَاخُ (م) الصَّدَاقِ وَالرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَهَا ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مَا أَدْعَتْهُ أَقْلٌ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ أَدْعَتِ التَّسْمِيَةَ، وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ أَصْلَ التَّسْمِيَةِ، تَحَالَفَا (و) .

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ .

(الثَّانِيَّةُ): لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الْمَهْرِ، أَوْ سَكَتَ، وَاعْتَرَفَ بِالنِّكَاحِ، لَمْ يَنْبُتْ بِحِلْفِهَا مَهْرُ الْمِثْلِ عَلَيْهِ؛ فِي أَظْهَرِ الْوُجْهِينِ، بَلْ يَتَحَالَفَانِ؛ وَكَذَا مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: «هَذَا ابْنِي»^(٢)، لَا يُوجِبُ (و) مَهْرَ الْمِثْلِ،

(١) سقط من ب .

(٢) في ب: ابني منها .

وَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا فِي الْإِقْرَارِ بِالْوَطْءِ .

(الثَّالِثَةُ:) إِذَا تَنَازَعَ وَلِيُّ الصَّبِيَّةِ وَالزَّوْجُ فِي مِقْدَارِ الْمَهْرِ، تَحَالَفاً؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ مُقْبُولُ الْإِقْرَارِ، فَلَا بُعْدَ فِي أَنْ يَخْلِفَ، وَكَذَا الْوَصِيُّ وَالْقَيْمُ وَالْوَكِيلُ؛ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، وَلَوْ أَدَّعَى عَلَى رَجُلٍ، أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ الطِّفْلِ، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَنَكَلَ، لَمْ يُرَدِّ الْيَمِينُ عَلَى الْوَلِيِّ؛ عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، لَكِنْ يَتَوَقَّفُ إِلَى أَنْ يَنْلُغَ الصَّبِيُّ، وَيَخْلِفَ .

(الرَّابِعَةُ:) لَوْ أَدَّعَتْ أَلْفَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ، جَرِيًّا فِي يَوْمَيْنِ، وَأَقَامَتِ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِمَا، لَزِمَ، وَقَدَرْنَا تَحْلُلَ طَلَاقٍ بَعْدَ الْمَسِيَسِ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ جَرِيَّانَ الْمُسْقِطِ بِإِظْهَارِ طَلَاقٍ قَبْلَ الْمَسِيَسِ .

(الخَامِسَةُ:) إِذَا كَانَ فِي مِلْكِهِ أَبُوهَا وَأُمُّهَا، فَقَالَ: أَصْدَقْتُكَ أَبَاكَ، فَقَالَتْ: بَلْ أُمِّي، تَحَالَفاً عَلَى الْأَصَحِّ لِأَنَّ الصَّدَاقَ عَوْضٌ، وَأَصْلُ الْعَقْدِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ الرَّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيُعْتَقُ الْأَبُ بِإِقْرَارِهِ، وَلَاؤُهُ مُوقُوفٌ؛ إِذْ لَا يَدَّعِيهِ أَحَدُهُمَا .

(بَابُ الْوَلِيمَةِ وَالنَّكْرِ)

وَالْوَلِيمَةُ هِيَ مَادَّةُ الْعُرْسِ، وَهِيَ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ .

وَقِيلَ: إِنَّهَا وَاجِبَةٌ .

وَفِي وَجُوبِ الْإِجَابَةِ إِلَيْهَا قَوْلَانِ^(١)، ثُمَّ إِنَّمَا يَجِبُ أَوْ يُسْتَحَبُّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الدَّعْوَةِ، مُنْكَرٌ، وَلَا عَلَى حِيطَانِ الدَّارِ صُورَةٌ وَلَا فُرْشٌ حَرِيرٌ، وَلَا فِي الْجَمْعِ مَنْ يَتَأَدَّى بِحُضُورِهِ، وَلَا بَأْسٌ بِصُورِ الْأَشْجَارِ، وَلَا بِصُورِ الْحَيَوَانِ، إِذَا كَانَ عَلَى الْفُرْشِ، فَأَمَّا عَلَى الثُّوبِ الْمَلْبُوسِ وَالسُّنْبُرِ وَالْوِسَادَةِ الْكَبِيرَةِ الْمَنْصُوبَةِ، فَلَا يَجُوزُ، وَدُخُولُ مِثْلِ هَذَا الْبَيْتِ حَرَامٌ .

وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ .

وَصَنَعَةُ النَّصُورِ حَرَامٌ إِلَّا فِي ثِيَابِ الْفُرْشِ، فَفِيهِ خِلَافٌ .

وَلَا يَتْرُكُ إِجَابَةُ الدَّعْوَةِ بِغُذْرِ الصَّوْمِ، بَلْ يَحْضُرُ، وَيُمْسِكُ فِي الْفَرْصِ، وَيُفْطِرُ فِي الثَّقْلِ، إِنْ كَانَ يَشُقُّ عَلَى الدَّاعِي إِمْسَاكُهُ وَإِذَا دُعِيَ جَمْعٌ، سَقَطَ الْفَرْصُ بِإِجَابَةِ بَعْضِهِمْ، وَلَا يُفْتَقَرُ بَعْدَ تَقْدِيمِ الطَّعَامِ إِلَى لَفْظِ الْإِبَاحَةِ، بَلْ يَكْفِي قَرِينَةُ الْحَالِ، ثُمَّ يَأْكُلُ الضَّيْفُ مِلْكَ الْمُضَيِّفِ [و] ^(٢) بِالْإِبَاحَةِ، وَلَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْأَكْلِ ^(٣)، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمَطْمُومِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ الْمَالِكَ يَرْضَى بِهِ قِطْعًا، وَيَجُوزُ نَتْرُؤُ السُّكَّرِ، وَالْتِفَاطُهُ؛ فَعَلَ ذَلِكَ بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ^(٤)، ثُمَّ هُوَ كَالصَّيْدِ مَنْ يُبَيِّتُ

(١) قال الرافعي: «وفي وجوب الإجابة إليها قولان» قيل: هما وجهان. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «ثم يأكل الضيف ملك المضيف بالإباحة وله الرجوع قبل الأكل» هذا وجه، وعند الأكثرين يملكه الضيف، والذي رجح من الخلاف في وقت الملك أنه الوضع بين يديه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فعل بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم» عن عاصم بن سليمان، عن هشام بن عروة، =

عن أبيه عن عائشة قالت: كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا تزوج أو تزوج نثر تمرًا. [ت]
والحديث أخرجه البيهقي (٢٨٨/٧) كتاب الصداق: باب ما جاء في النشار في الفرح، من طريق
عاصم بن سليمان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا
زوج أو تزوج نثر تمرًا.

قال البيهقي: عاصم بن سليمان بصري رماه عمرو بن علي بالكذب ونسبه إلى وضع الحديث.
وقال أيضاً.

وعن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل، قال: شهد النبي - صلى الله عليه وسلم -
أملاك رجل من أصحابه فجيء بأطباق عليها فاكهة، وسكر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «انتهبوا»،
فقالوا: يا رسول الله، أو لم تنتهنا عن التَّهْبَةِ؟ قال: «إنما نهيتكم عن نَهْبَةِ العساكر». قال:
فجاذبهم النبي - صلى الله عليه وسلم - وجاذبوه. وتكلم الحافظ أبو بكر البيهقي على
الإسنادين، وقال: لا يثبت في هذا الباب شيء، وهذا ينازع في قوله في الكتاب: «فعل ذلك بين يدي
رسول الله صلى الله عليه وسلم». [ت]

والحديث أخرجه البيهقي (٢٨٨/٧) كتاب الصداق: باب ما جاء في النشار في الفرح. وابن
الجوزي في الموضوعات (٢٦٥/٢ - ٢٦٦) من طريق حازم مولى بني هاشم عن لماسة عن ثور بن يزيد عن
خالد بن معدان عن معاذ ابن جبل قال: شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أملاك رجل من أصحابه
فقال: على الخير والألفة والطائر الميمون والسعة في الرزق بارك الله لكم دفوا على رأسه فجيء بدف
فضرب به وأقبلت الأطباق عليها فاكهة وسكر فنثر عليه فكف الناس أيديهم فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم: ما لكم لا تنتهبون؟ قالوا: يا رسول الله أو لم تنه عن النهبة؟ قال: إنما نهيتكم عن نهبة العساكر
فأما العرسات فلا، فجاذبهم وجاذبوه.

قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح فإن حازماً ولماسة مجهولان وقال البيهقي: في اسناده
مجاهيل وانقطاع وقد روي باسناد آخر مجهول عن عروة عن عائشة رضى الله عنها عن معاذ بن جبل ولا
يثبت في هذا الباب شيء أ.هـ.
أما الجهالة فقد عرفناها وهي جهالة حازم ولماسة.

أما الانقطاع وهو بين خالد بن معدان ومعاذ بن جبل فقال العلائي في جامع التحصيل. (ص - ١٧١)
قال أبو حاتم: لم يصح سماعه من عبادة بن الصامت ولا من معاذ بن جبل بل هو مرسل. أ.هـ.
والحديث ذكره الشوكاني في «الفوائد المجموعة» (ص - ١٢٥) رقم (١٩) وقال: رواه الطبراني عن
معاذ مرفوعاً وفي اسناده مجهولان. وللحديث طريق آخر عن معاذ وهو الطريق الذي أشار إليه البيهقي.
أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (١/١٤٢). ومن طريقه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/٢٦٣) من طريق
بشر بن ابراهيم الانصاري عن الأوزاعي عن مكحول عن عروة بن الزبير عن عائشة عن معاذ بن جبل به
وفيه: إنما نهيتكم عن نهبة العساكر ولم أنهكم عن نهبة الولايم فانتهبوا قال معاذ بن جبل: لقد رأيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزنا ونجره في ذلك النهاب.

قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح بشر بن ابراهيم هو المتهم به. قال العقيلي: لا يتابع على
هذا الحديث وقد روي عن الأوزاعي أحاديث موضوعة لا يتابع عليها، وقال ابن عدي: هو عندي ممن
يضع الحديث على الثقات ولذلك قال ابن حبان: كان يضع الحديث على الثقات أ.هـ.

عَلَيْهِ يَدُهُ، لَمْ يُسَلَبْ مِنْهُ، وَمَنْ وَقَعَ فِي ذَنْبِهِ، وَقَدْ بَسَطَهُ لِذَلِكَ، لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ، فَإِنْ سَقَطَ؛ كَمَا وَقَعَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يَبْسُطْهُ لِذَلِكَ، أُخِذَ مِنْهُ.

= وقال الذهبي في «الميزان» (٢١٣/١): هكذا فليكن الكذب والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٢٩٣/٤). وعزاه للطبراني في الأوسط وقال: وفي إسناد الأوسط بشر بن ابراهيم وهو وضاع. وللحديث شاهد من حديث أنس. أخرجه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢٦٦/٢) - بتحقيقنا. من طريق خالد بن اسماعيل الأنصاري حدثنا مالك بن أنس عن حميد عن أنس بنحو حديث معاذ. وقال ابن الجوزي: لا يصح، خالد بن اسماعيل يضع الحديث على ثقات المسلمين لا يجوز الاحتجاج به بحال.

وأقره السيوطي في «اللآلئ المصنوعة» (١٦٦/٢) والحديث بشواهد ذكره الحافظ في «التلخيص» (٢٠١، ٢٠٠/٣) وضعف طرقه كلها وقال: وأغرب إمام الحرمين فصحه من حديث جابر، وهو لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح، وفي مصنف ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي: انهما كانا لا يريان بأساً بالنتهاب في العرسات والولائم وكرهه ابن مسعود وابراهيم وعطاء وعكرمة. أ.هـ.

تنبيه: هذا الحديث ذكره الرافعي في «الشرح» من حديث جابر وتبعه جماعة من الفقهاء كالغزالي والإمام والقاضي حسين كما في «التلخيص» (٢٠١/٣) وقال الحافظ: هذا لا نعرفه من حديث جابر. وقال ابن الملقن في «الخلاصة» (٢١٢/٢): غريب من حديث جابر معروف من حديث معاذ وأنس واستادهما ضعيف.

(كِتَابُ الْقَسَمِ وَالنُّشُوزِ^(١) وَفِيهِ فُصُولٌ)

(الْأَوَّلُ: فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ الْقَسَمَ)، وَلَا يَجِبُ عَلَى مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَاحِدَةٌ أَنْ يَبَيِّتَ عِنْدَهَا، لَكِنْ يَسْتَحِبُّ ذَلِكَ لِتَخْصِيصِهَا، وَلَا يَجِبُ الْقَسَمُ بَيْنَ الْمُسْتَوْلَدَاتِ، وَبَيْنَ الْإِمَاءِ، وَلَا بَيْنَهُنَّ، وَبَيْنَ الْمَنْكُوحَاتِ، لَكِنْ الْأُولَى الْعَدْلُ وَكَفُّ الْإِيذَاءِ، وَمَنْ لَهُ مَنْكُوحَاتٌ، فَإِنْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ، جَازَ، وَإِنْ

(١) الْقَسَمُ بفتح القاف مع سكون السين بمعنى العَدْل بين الزوجات في المبيت، وهو المراد هنا، ومع فتح السين اليمين (وبكسر القاف) وبكسر القاف مع سكون السين بمعنى الحظ والنصيب، ومع فتح السين جمع قِسْمَةٍ، وقد تطلق على النصب أيضاً

والنشوز من نَشَزَ إذا ارتفع، لأن فيه ارتفاعاً عن أداء الحق الواجب، فالزوجة إذا امتنعت عن أداء ما وجب عليها تسمى ناشزة، والقسم واجب بالكتاب والسنة وإجماع الأئمة: قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ لما نهى جل شأنه عن الجمع بين اثنتين، أو أكثر عند خوف عدم العدل فيما إذا اجتمعتا أو اجتمعن، علم أن العدل واجب. وقال تعالى: ﴿وَاعْشُرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ومن عشرتها بالمعروف تأدية حقها، والعدل بينها وبين غيرها في المبيت، وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ أي أن للزوجات حقاً على أزواجهن، كما أن للأزواج حقاً عليهن، وليس المراد تماثلهما، وتجانسهما، وإنما أراد وجوبهما، ولزومهما. وقال تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ ففي هذه الآية إشارة إلى ما أوجبه لها من نفقة وكسوة وقسم وقال صلى الله عليه وسلم: «من كان له امرأتان يميل لإحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يمر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً» رواه الخمسة. وروى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما مرض طيف به على نسائه محمولاً، فلما نقل أشفقن عليه، فحللته من القسم ليقسم عند عائشة رضي الله عنها لميله إليها، فتوفي عندها - صلى الله عليه وسلم - فلذلك قالت عائشة رضي الله عنها: توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم بين كرى ونحري، وفي يومي ولم أظلم فيه أحداً.

حكمة وجوب القسم:

لما أباح الله - سبحانه وتعالى - للزوج التعدد إلى أربع تلمس المضللون من ذلك طريقاً للطعن على الدين الإسلامي، زاعمين بحسب أهوائهم الفاسدة، وما سوّلت لهم نفوسهم الخبيثة أن في هذا ضياعاً لحق المرأة، ولحقوق الضرر بها، وسوء العشرة معها، ودين هذا شأنه ليس بالدين المستقيم، بل هو دين الظلم والاستعباد، وليس ما قالوا، فقد افتروا على الدين الإسلامي بجهالتهم، وضلالتهم، وقلة تدبرهم، وما نشأ هذا والعياذ بالله إلا من عمى بصيرتهم «فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التي في الصدور» إذ لو تأملوا ولو قليلاً، لوجدوا الدين الإسلامي هو دين الشفقة والرحمة والعطف والرافة، فما أباح التعدد إلا لمصلحة قديمة يعرفها ذوو الذوق السليم، ولم يترك للظلم أثراً من هذا السبيل، بل أبان الطريق الذي يسلكه زوج الزوجات حتى لم يبق للجور مجال.

فالشّارع الحكيم لم يبيح تعدد الزوجات مطلقاً بل قرّنه بما يرفع الجور والظلم قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ فإنك تفهم من معنى الآية أن الله - سبحانه وتعالى - حرم الزيادة على واحدة إذا خيف عدم العدل لو جمع بين اثنتين، أو أكثر، ومنه يعلم أن العدل واجب.

بَاتَ لَيْلَةً عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لَزِمَهُ مِثْلُهَا لِلْبَقِيَّاتِ، وَتَسْتَحِقُّ الْمَرِيضَةُ، وَالرَّثَقَاءُ، وَالْحَائِضُ، وَالتَّفْسَاءُ، وَالْمُخْرِمَةُ، وَالَّتِي أَلَى مِنْهَا زَوْجُهَا، أَوْ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَنْ بِهَا عُذْرٌ شَرْعِيٌّ أَوْ طَبِيعِيٌّ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْأَنْسُ وَالسَّكَنُ دُونَ الْوَقَاعِ، أَمَّا النَّاشِزَةُ، فَلَا تَسْتَحِقُّ، فَلَوْ كَانَ يَدْعُوهُمْ إِلَى مَنْزِلِهِ، فَأَبَتْ وَاحِدَةً، سَقَطَ حَقُّهَا، وَإِنْ كَانَ يُسَاكِنُ وَاحِدَةً، وَيَدْعُو الْبَاقِيَّاتِ، فَفِي جَوَازِ ذَلِكَ تَرَدُّدٌ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْصِصِ، وَالْمُسَافَرَةُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَاشِزَةٌ، وَإِنْ سَافَرَتْ بِإِذْنِهِ فِي غَرَضِهِ، فَحَقُّهَا قَائِمٌ، وَتَسْتَحِقُّ الْقَضَاءَ، وَإِنْ كَانَ فِي غَرَضِهَا، لَمْ تَسْتَحِقْ؛ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، وَبِحُجُبِ الْقِسْمِ عَلَى كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ، قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَعَلَى الْوَلِيِّ أَنْ يَطُوفَ بِالْمَجْنُونِ عَلَى نِسَائِهِ، وَيَزْعَى الْعَدْلَ فِي الْقِسْمِ، فَلَوْ كَانَ يُجَنُّ، وَيُفِيقُ، فَلَا يُخَصِّصُ وَاحِدَةً بِنُوبَةِ الْإِفَاقَةِ، إِنْ كَانَ مَضْبُوطًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَأَفَاقَ فِي نُوبَةِ وَاحِدَةٍ، قَضَى لِلْأُخْرَى مَا جَرَى فِي الْجُنُونِ لِنَقْصَانِ حَقِّهَا.

(الفصل الثاني): فِي مَكَانِ الْقِسْمِ وَزَمَانِهِ:

(أَمَّا الْمَكَانُ) : فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ فِي مَسْكَنِ وَاحِدٍ، إِلَّا إِذَا انْفَصَلَتِ الْمَرَافِقُ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَدْعِيَهُنَّ إِلَى بَيْتِهِ عَلَى التَّنَاقُوبِ.

(وَأَمَّا الزَّمَانُ) فَعِمَادَةُ اللَّيْلِ، وَالنَّهَارُ تَبَعٌ، إِلَّا فِي حَقِّ الْأَثْنَوِيِّ، وَالْحَارِسِ؛ فَإِنَّ سُكُونَهُمَا بِالنَّهَارِ، وَلَا يَحِلُّ أَنْ يَدْخُلَ فِي نُوبَتِهَا عَلَى ضَرَّتِهَا، بِاللَّيْلِ، إِلَّا لِمَرَضٍ مَخُوفٍ، وَأَمَّا بِالنَّهَارِ، يَجُوزُ لِعَرَضٍ مِنْهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَرَضٌ.

وَقِيلَ: النَّهَارُ كَاللَّيْلِ (ح).

وَقِيلَ: لَا حَجَرَ فِي النَّهَارِ.

وَإِنْ خَرَجَ إِلَى ضَرَّتِهَا بِاللَّيْلِ، وَمَكَثَ، قَضَى مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ نُوبَةِ الْأُخْرَى، وَإِنْ لَمْ يُمْكُثْ زَمَنًا مَحْسُوسًا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَغْضِي، وَلَا يَقْضِي، وَإِنْ دَخَلَ وَوُطِئَ، فَقَدْ أَفْسَدَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ؛ فِي وَجْهِ، فَلَا يُعْتَدُّ بِهَا.

وَفِي وَجْهِ يَقْضِي الْجَمَاعَ فَقَطْ.

وَفِي وَجْهِ يَقْضِي مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ، وَلَا يُكَلِّفُ الْوَقَاعَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْإِخْتِيَارِ.

(أَمَّا الْمِقْدَارُ) : فَأَقْلُ الْقِسْمِ لَيْلَةً، وَلَا يَجُوزُ تَنْصِيفُ اللَّيْلَةِ؛ لِأَنَّهُ يُنْعَصُ الْعَيْشُ، وَأَكْثَرُهُ ثَلَاثُ

لَيَالٍ.

وَقِيلَ: سَنَعٌ.

وَقِيلَ: لَا يُقَدَّرُ، بَلْ هُوَ إِلَى الْإِخْتِيَارِ.

ثُمَّ الْقُرْعَةُ تَحْكُمُ فِيمَنْ بِهِ الْبِدَايَةُ.

وَقِيلَ: هُوَ إِلَى خَيْرَتِهِ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَبْتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ لِغَيْرِهَا.

(الفصل الثالث: في التفاضل) وله سببان:

(الأول: الحرّة)، فَلِلْحُرَّةِ ثُلَاثَا الْقِسْمِ، وَلِلْأَمَةِ الثُّلُثُ (م) فَلَهَا لَيْلَتَانِ، وَلِلْأَمَةِ لَيْلَةٌ، فَلَوْ بَدَأَ بِالْحُرَّةِ، فَعَتَقَتْ فِي لَيْلَتِهَا، أَوْ قَبْلَ أَنْقِضَاءِ لَيْلَةِ الْأَمَةِ، التَّحَقَّتْ بِالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَأَسْتَحَقَّتْ تَمَامَ لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ لَيْلَتِهَا، أَقْصَرَتْ عَلَى مَا مَضَى، وَسُوِّيَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَوْ بَدَأَ بِهَا فَعَتَقَتْ قَبْلَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، صَارَتْ [كَالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، وَجِبَ تَوْفِيَةُ الْحُرَّةِ لَللَّيْتَيْنِ، ثُمَّ يُسَوَّى بَعْدَ ذَلِكَ] ^(١).

(السبب الثاني: تجدد النكاح)، وَإِذَا نَكَحَ بِكَرٍّ جَدِيدَةٍ، بَاتَ عِنْدَهَا سَبْعًا، وَعِنْدَ الثَّيْبِ ثَلَاثًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْتَوِي فِيهِ الْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْأَلْفِ وَالطَّنْبِ، لَا يَتَغَيَّرُ بِالزَّوْجِ؛ كَمُدَّةِ الْعَتَةِ، ثُمَّ لَا يَقْضِي [ح] ^(٢) لِلْبَاقِيَاتِ هَذِهِ الْمُدَّةَ، بَلْ يَسْتَأْنِفُ الْقِسْمَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَهَذَا حَقُّ الْجَدِيدَةِ، فَإِنْ بَاتَ عِنْدَ الثَّيْبِ ثَلَاثًا، فَالْتَمَسَتْ زِيَادَةً، فَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَقَدْ أَلْتَمَسَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ^(٣) ^(٤).

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد التمست أم سلمة» روى الشافعي عن مالك، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عبد الملك بن أبي بكر عن عبد الرحمن أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تزوج أم سلمة، وقد أصبحت عنده، قال: «ليس بك على أهلك هَوَانٌ، إِنْ شِئْتَ سَبَعْتُ عِنْدَكَ، وَسَبَعْتُ عَنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتَ ثَلَاثُ عِنْدَكَ وَذُرْتُ». قالت: ثَلَاثُ رَوَاهُ مُسْلِمٌ مُرْسَلًا وَمَوْضُوعًا عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ أَبِي شَيْبَةَ، عَنْ يَحْيَى الْقَطَّانِ عَنْ سَفْيَانَ الثَّوْرِيِّ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي شَيْبَةَ، عَنْ يَحْيَى الْقَطَّانِ عَنْ سَفْيَانَ الثَّوْرِيِّ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ.

وقوله: «وقد التمست أم سلمة ذلك» ليس في الروايات تصريح به، لكن روى بعضهم أنه لما أراد النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يخرج أخذت بثوبه، فقال صلى الله عليه وسلم: إِنْ شِئْتَ زِدْتُكَ وَحَاسِبْتُكَ بِهِ. [ت]

والحديث أخرجه مالك (٥٢٩/٢) كتاب النكاح، باب المقام عند البكر والأيم، الحديث (١٤). ومسلم (١٠٨٣/٢) كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحق البكر والثيب من إقامة الزوج عندها - الحديث (١٤٦٠/٤٢). أحمد (٢٩٢/٦). والدارمي (١٤٤/٢) كتاب النكاح، باب الإقامة عند البكر والثيب إذا بنى بها. وأبو داود (٥٩٤/٢) كتاب النكاح، باب المقام عند البكر - الحديث (٢١٢٢). وابن ماجه (٦١٧/١) كتاب النكاح، باب الإقامة على البكر والثيب، الحديث (١٩١٧). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢٨/٣) كتاب النكاح، باب مقدار ما يقيم الرجل عند الثيب أو البكر إذا تزوجها. وأبو يعلى (٤٢٩/١٢) رقم (٦٩٩٦). وابن حبان (٤٠٧٣ - الاحسان). والدارقطني (٢٨٤/٣) كتاب النكاح، باب المهر، الحديث (١٤٣). وأبو نعيم في «الحلية» (٩٥/٧). والبيهقي (٣٠٠/٧ ٣٠/٢). كتاب القسم والنشوز باب الحال التي يختلف فيها حال النساء من حديث أم سلمة.

(٤) قال الرافعي: «أم سلمة» هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشية، إحدى أمهات المؤمنين وكانت تحت أبي سلمة عبد الله بن عبد الأسد، وتزوجها رسول الله - صلى الله عليه =

ذَلِكَ: «إِنْ شِئْتَ، سَبَعْتُ عِنْدَكَ وَسَبَعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتَ، ثَلَاثُ عِنْدَكَ وَدُرْتُ»، وَكَأَنَّ أَفْتِرَاحَهَا الزِّيَادَةَ يُبْطِلُ حَقَّهَا مِنَ الثَّلَاثِ، وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ عِنْدَهَا دُونَ أَفْتِرَاحِهَا، لَمْ يُبْطَلْ حَقُّهَا.

(الفصل الرابع في الظلم والقضاء وفيه مسائل:

(الأولى: أَنْ يَكُونَ تَحْتَهُ ثَلَاثُ نِسْوَةٍ، قَبَاتٍ عِنْدَ اثْنَتَيْنِ عَشْرِينَ لَيْلَةً، اسْتَحَقَّتِ الثَّلَاثَةُ عَشَرَ لَيَالٍ، فَيَقْضِيهَا عَلَى الْوَلَاءِ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِي ذِمَّتِهِ، فَلَوْ نَكَحَ جَدِيدَةً، فَلَوَبَاتٍ عِنْدَهَا عَشْرًا وَلَاءً، ظَلَمَ الْجَدِيدَةَ فَسَبِيلُهُ أَنْ يَقْضِيَ حَقَّ الْجَدِيدَةِ بِثَلَاثٍ أَوْ سَنَةٍ، ثُمَّ يَبِيتَ عِنْدَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ، وَعِنْدَ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةً؛ لِأَنَّ حَقَّ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةٌ مِنْ أَرْبَعٍ، وَلَوْ قَضَاهَا الْعَاشِرَةَ، ثُمَّ اسْتَأْنَفَ الْقَسَمَ، عَادَ إِلَى الْجَدِيدَةِ فِي الْخَامِسَةِ، فَسَبِيلُ الْعَدْلِ أَنْ يَبِيتَ الْعَاشِرَةَ عِنْدَ الْمَظْلُومَةِ، وَيَبْثُثَ لِلْجَدِيدَةِ بِذَلِكَ ثَلَاثَ لَيَالٍ فَيَبِيتُ عِنْدَ الْجَدِيدَةِ ثَلَاثَ لَيَالٍ، وَيَخْرُجُ إِلَى بَيْتِ صَدِيقٍ أَوْ مَسْجِدٍ بِقِيَّةِ اللَّيْلِ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ الْقَسَمَ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ نِصْفَ لَيْلَةٍ، وَأَخْرَجَهُ السُّلْطَانُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَ الْأُخْرَى نِصْفَ لَيْلَةٍ، وَيَخْرُجُ الْبَاقِي إِلَى الْمَسْجِدِ.

(الثانية: لَوْ وَهَبَتْ نَوْبَتَهَا مِنْ ضَرَّتِهَا، فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ الْقَبُولِ، فَإِنْ قَبَلَ، فَلَيْسَ لِلْمَوْهُوبَةِ الْأَمْتِنَاعُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ لَيْلَتُهَا مُتَّصِلَةً بِلَيْلَةِ الْوَاحِدَةِ، بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَفَصِّلَةً، فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُؤَالِيَ بَيْنَ لَيْلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَصَّصَ وَاحِدَةً، بَلِ الْوَاحِدَةُ كَالْمَعْدُومَةِ، ثُمَّ لَهَا الرُّجُوعُ، مَهْمَا شَاءَتْ، وَمَا فَاتَ قَبْلَ بُلُوغِ خَبَرِ الرُّجُوعِ، فَلَا يَقْضَى، كَمَا فَاتَ مَثَلًا مِنْ ثِمَارِ الْبُسْتَانِ قَبْلَ مَعْرِفَةِ الرُّجُوعِ مِنَ الْمُبِيعِ.

(الثالثة: إِذَا ظَلَمَهَا بِعَشْرِ لَيَالٍ مَثَلًا، وَأَبَانَهَا فَقَدْ فَاتَ التَّدَارُكُ، وَبَقِيَ الْمَظْلَمَةُ، فَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، قَضَاهَا إِلَّا إِذَا نَكَحَ جَدِيدَاتٍ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي نِكَاحِهِ الْمَظْلُومَةَ بِهَا، فَيَتَعَذَّرُ الْقَضَاءُ وَيَبْقَى الْمَظْلَمَةُ.

(الفصل الخامس في المسافرة بهن)

كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا هَمَّ بِسَفَرٍ، أَقْرَعَ^(١) (ح) بَيْنَهُنَّ فَاسْتَضَحَبَ وَاحِدَةً، ثُمَّ إِذَا

= وسلم - بعد وقعة «بدر»، روى عنها عبدالله بن عبدالرحمن بن أبي بكرة، وابنتها زينب بنت أبي سلمة وتوفيت في ولاية يزيد بن معاوية. [ت]

تنظر ترجمتها في طبقات ابن سعد ٨/٨٦ - ٩٦، طبقات خليفة ٣٣٤، المعارف ١٢٨، ١٣٦. الجرح والتعديل ٩/٤٦٤. تهذيب التهذيب ١٢/٤٥٥. شذرات الذهب ١/٦٩.

(١) قال الرافعي: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا هَمَّ بِسَفَرٍ أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ» روى الشافعي عن عمه محمد بن علي بن شافع عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن عائشة أنها قالت: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا أراد سفراً أقْرَعَ بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها»

وهو مخرج في «الصحيحين» مدرجا من قصة الإفك. [ت]

عَادَ، دَارَ عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ (ح) قَضَاءٍ، فَصَارَ سُقُوطُ (ح) الْقَضَاءِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ مِنْ رُخْصِ السَّفَرِ، وَلَكِنْ بِأَزْيَعِ شَرَائِطٍ: أَنْ يُقَرَعَ (ح م) أَوَّلًا، وَأَلَّا يَغْزِمَ عَلَى الثَّقَلَةِ، وَأَنْ يَكُونَ السَّفَرُ طَوِيلًا مُرَحَّصًا؛ لِيَكُونَ فَوْزَهَا فِي مُقَابَلَةِ تَعَبِهَا، وَأَلَّا يَغْزِمَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، فَإِنْ خَرَجَ لِلثَّقَلَةِ، أَوْ لِلتَّفَرُّجِ أَوْ عَرَضَ فِي سَفَرٍ قَصِيرٍ، قَضَى لِلْبَاقِيَاتِ^(١)، وَإِنْ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، قَضَى أَيَّامَ الْإِقَامَةِ، وَهَلْ يَفْضِي أَيَّامَ الرُّجُوعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ بِإِقَامَةِ يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ يَمْتَنِعُ بِهِ التَّرْخِصُ، وَإِنْ أَقَامَ أَيَّامًا فِي أَنْتِظَارِ إِنْجَازِ حَاجَتِهِ، أَبْتَنَى الْقَضَاءُ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَرْخِصِهِ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَغْزِمَ عَلَى الثَّقَلَةِ، وَيُخَلِّفَ نِسَاءَهُ، وَلَوْ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ أَيَّامًا، ثُمَّ أَنْشَأَ سَفَرًا آخَرَ، لَمْ يَكُنْ عَزَمَ عَلَيْهِ أَوَّلًا، لَزِمَهُ قَضَاءُ تِلْكَ الْأَيَّامِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَزَمَ عَلَيْهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى أَيَّامِ الرُّجُوعِ، وَأَوَّلَى بِوُجُوبِ الْقَضَاءِ، وَلَوْ سَافَرَ بِأَنْتَتَيْنِ، عَدَلَ بَيْنَهُمَا بِالسَّفَرِ (ح)، وَإِنْ ظَلَمَ إِحْدَاهُمَا، قَضَى لَهَا؛ إِمَّا فِي السَّفَرِ، أَوْ فِي الْحَضَرِ، وَلَهُ أَنْ يُخَلِّفَ إِحْدَاهُمَا فِي بَعْضِ الْمَنَازِلِ بِالْقَرْعَةِ؛ وَلَوْ نَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، خَصَّهَا بِثَلَاثِ لَيَالٍ، أَوْ سَنَعَ، ثُمَّ عَدَلَ بَعْدَهُ بَيْنَهُنَّ، وَلَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ، وَنَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، لَمْ يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ لِلْمُخَلَّفَاتِ، وَلَوْ كَانَ تَخْتَهُ زَوْجَتَانِ، فَنَكَحَ جَدِيدَتَيْنِ، وَسَافَرَ بِإِحْدَاهُمَا بِالْقَرْعَةِ، أُنْذِرَ حَتَّى الْجَدِيدَةِ فِي أَيَّامِ السَّفَرِ، فَإِنْ عَادَ، قَضَى حَقَّ الْجَدِيدَةِ الْمُقِيمَةِ بِسَبْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ.

وَقِيلَ: بَطَلَ أَيْضًا حَقُّهَا، لِانْقِضَاءِ الْوَقْتِ مِنْ أَوَّلِ الزَّفَافِ.

(الفصل السادس: في الشَّقَاقِ)، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ:

(الأُولَى) أَنْ يَكُونَ التُّشَوُّزُ مِنْهَا، فَلَهُ الْوَعْظُ، أَوْ مُهَاجَرَةُ الْمَضْجَعِ، أَوْ الضَّرْبُ (و) فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْوَعْظَ لَا يَنْجَعُ، كَانَ لَهُ الْبِدَايَةُ بِالضَّرْبِ، فَإِنْ أَفْضَى الضَّرْبُ إِلَى تَلَفٍ، فَعَلَيْهِ الْعَزْمُ؛ بِخِلَافِ الْوَلِيِّ؛ فَإِنَّهُ يُؤَدِّبُ الطِّفْلَ، لَا لِحِطِّ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ نَاشِزَةً بِالْمَنْعِ مِنَ الْمُسَاكَنَةِ وَالْإِسْتِمْتَاعِ؛ بِحَيْثُ يَخْتَاجُ إِلَى تَعَبٍ فِي رَدِّهَا إِلَى الطَّاعَةِ، وَحُكْمُ التُّشَوُّزِ سُقُوطُ النَّفَقَةِ، فَلَوْ مَنَعَتْ غَيْرَ الْجَمَاعِ مِنَ الْإِسْتِمْتَاعِ، اخْتَمَلَ أَنْ يَسْقُطَ مِنَ النَّفَقَةِ بَعْضُهَا؛ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْأَمَةِ، إِذَا سَلَّمَتْ إِلَى الزَّوْجِ، لَيْلًا وَمُنِعَتْ نَهَارًا.

والحديث أخرجه البخاري (٢١٨/٥) كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها، الحديث (٢٥٩٣) ومسلم (٢١٣٠/٤). كتاب التوبة، باب في حديث الإفك الحديث (٢٧٧٠/٥٦). والنسائي في الكبرى (٢٩٦-٢٩٥/٥) كتاب عشرة النساء، باب قرعة الرجل بين نسائه إذا أراد السفر حديث (٨٨٣١) وابن الجارود (٧٢٣) من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعلقمة ابن وقاص وعبيد الله بن عبد الله عن عائشة قالت: كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج في سفر أفرع بين أزواجه فأيتهنَّ خرج سهمها خرج بها معه.

(١) قال الراعي: «أو للتفرج أو عَرَضَ في سفر قصير قضى للباقيات» هذا وجه في السفر القصير، والأرجح عند صاحب «التهذيب» وجماعة أنه كالسفر الطويل في جواز استصحاب بعضهنَّ بالقرعة، وعدم القضاء [ت].

(الحَالَةُ الثَّانِيَّةُ): أَنْ يَكُونَ الْعُدْوَانُ مِنْهُ بِالضَّرْبِ وَالْإِذَاءِ، فَيَحَالُ بَيْنَهُمَا؛ حَتَّى يَعُودَ إِلَى الْعَدْلِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يُشْكِلَ الْأَمْرُ، فَيَبْعَثَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا؛ لِيَنْظُرَا [مَنِ الْجَانِي] ^(١)، ثُمَّ الصَّحِيحُ مِنَ الْقَوْلَيْنِ أَنََّّهُمَا وَكَيْلَانِ (م)، وَلَا يَنْفَذُ تَصَرُّفُهُمَا فِي التَّفْرِيقِ إِلَّا بِالِإِذْنِ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنََّّهُمَا مُوَلَّيَانِ (ح و) مِنْ جِهَةِ الْحَاكِمِ؛ حَتَّى يَنْفَذَ طَلَاقُهُمَا وَخُلْعُهُمَا؛ وَعَلَى هَذَا يُشْتَرَطُ عَدَاةُ التَّهْمَا وَهَدَايَتُهُمَا، وَلَا يُشْتَرَطُ أَجْنِبَتُهُمَا، وَلَا كَوْنُهُمَا مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ.

(كِتَابُ الْخُلْعِ^(١)، وَفِيهِ أَبْوَابُ:)

(الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي حَقِيقَةِ الْخُلْعِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ:)

(الْفَضْلُ الْأَوَّلُ: فِي أَثَرِهِ، وَفِيهِ قَوْلَانِ:

الصَّحِيحُ: أَنَّهُ طَلَّاقٌ، وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَعُثْمَانَ^(٢) وَعَلَيْ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ^(٣) أَجْمَعِينَ،

(١) الخلع لغة: النَّزْعُ، وهو استعارة من خَلَعَ اللِّبَاسَ؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فكان كل واحد نزع لباسه منه، وخالعت المرأة زوجها مُخَالَعَةً إذا اقتدت منه، وطلَّقَهَا على الفدية.

ينظر: لسان العرب: ٢/١٢٣٢، المصباح المنير: ١/٢٤٣، المطلع: ٣٣١. واصطلاحاً:

- عرفه الْأَخَنَافُ بأنه: عبارة عن أَخَذِ الْمَالِ بِإِزاءِ الْمَلِكِ النِّكَاحِ، بلفظ الخلع.

وعرفه الشَّافِعِيُّ بأنه: فُرْقَةٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِعَوَضٍ، بلفظ طَلَّاقٍ أَوْ ضُلْعٍ.

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بِعَوَضٍ.

وعرفه الحَنَابِلَةُ بأنه: فراق الزوج أَمْرَائَهُ، بِعَوَضٍ، يأخذه الزوج، بِالْفَظِ مخصوصة.

أنظر: تبين الحقائق: ٢/٢٦٧، شرح فتح القدير: ٤/٢١٠، حاشية ابن عابدين: ٣/٤٢٢، الشرح

الصغير للدردير: ٣/٣١٩، بداية المجتهد: ٢/٩٨، الكافي: ٢/٥٩٧، المغني: ٧/٥٣٦.

(٢) قال الرافعي: «عثمان: هو عثمان بن عفان بن العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن

كلاب أبو عبد الله ويقال: أبو عمرو ثالث الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ المشهود لهم بِالْجَنَّةِ، استغفر له رسول الله

- صلى الله عليه وسلم - ما تقدم وما تأخر من ذنبه، اسْتُخْلِفَ سنة أربع وعشرين غَزَاةَ المحرم، وقيل:

لخمس وثلاثين لثمان عشرة خلت من ذي الحجة. [ت]

تنظر ترجمته من طبقات ابن سعد ٣/٥٣ - ٨٤، تاريخ الدوري ٢/٣٩٤، تاريخ خليفة وطبقاته ١٠،

تاريخ البخاري الكبير: ت (٢١٩١)، تاريخه الصغير ١/٥٨ - ٧١، القضاة لوكيع ١/١١٠. الجرح

والتعديل: ت (٨٨٢). الجمع لابن القيسراني ١/٣٤٧. المنتظم لابن الجوزي ٦/١٣٧، ٢٢١، ٢٢٤،

٣٠٨، الكامل في التاريخ ١/٤٦؟ ٢/٥٩، أسد الغابة ٣/٣٧٦، تهذيب النووي ١/٣٢١، والكاشف: ت

(٣٧٧٧)، تذكرة الحفاظ ٨/١، العبر ١/٥، ١٠، ٣٠، تجريد أسماء الصحابة: ت (٤٠٠٤)، غاية النهاية

لابن الجزري ١/٥٠٧، تهذيب التهذيب ٧/١٣٩ - ١٤٢، التقریب ٢/١٢، الإصابة ت (٥٤٤٨) خلاصة

الخزرجي ت (٤٧٧١)، شذرات الذهب ١/١٠، ٢٥، ٣٠، ٣٣.

(٣) قال الرافعي: «وهو مذهب عمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم» أما أنه مذهب عمر فلم أجد له اسناداً.

وأما أنه مذهب عثمان فقد رواه الشافعي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن مولى الأسمين عن أم

بكرة الأسلمية - أنها اختلعت من زوجها ثم أتيا عثمان في ذلك، مقال. هي مطلقة قال ابن المنذر: وروي

مثله عن علي، وضعف أحمد بن حنبل حديث عثمان، وحديث علي في إسناده فقال: وعن محمد بن

إسحاق عن ابن خزيمة أنه قال: لا يثبت عن أحد أنه طلاق. [ت]

والحديث أخرجه الشافعي في المسند ٢/٥١ كتاب الطلاق، الباب في الخلع حديث (١٦٥) من

طريق مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن حمران مولى الأسلمين عن أم بكر الأسلمية به.

وَمِنَ الْفُقَهَاءِ أَبُو حَنِيفَةَ وَالْمُزَنِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عَلَيْهِمَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ فُسِّخَ.

فَإِنْ جَعَلْنَاهُ فُسْحًا، فَلَفْظُ الْخُلْعِ صَرِيحٌ فِيهِ؛ لِتَكْرِيرِهِ عَلَى لِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرِيعَةِ، وَلَفْظُ الْفُسْخِ صَرِيحٌ عَلَى الْأَصَحِّ (و).

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ، لِأَنَّهُ لَا يُسْتَعْمَلُ فِي النِّكَاحِ، إِلَّا مَقْرُونًا بِغَيْبٍ أَوْ سَبَبٍ.

وَفِي لَفْظِ الْمُقَادَاةِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ ذُكِرَ مَرَّةً فِي الْقُرْآنِ، وَهُوَ كَالْخِلَافِ فِي لَفْظِ الْإِمْسَاكِ لِلْمُرَاجَعَةِ، وَلَفْظِ الْفَكَ لِلْمُعْتَقِ، وَلَوْ نَوَى بِالْخُلْعِ طَلَاقًا عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، لَمْ يَنْفَذْ؛ لِأَنَّهُ وَجِدَ نَفَادًا فِي مَوْضُوعِهِ صَرِيحًا؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ؛ فَإِنَّهُ صَرِيحٌ فِي الْإِزَامِ الْكَفَّارَةِ، وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ، نَفَذَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُخْتَصٍّ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى الْفُسْخِ بِغَيْبِهَا، فَقَالَ: فَسَخْتُ وَنَوَى الطَّلَاقَ، نَفَذَ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْفُسْخِ لَا يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْخُلْعُ طَلَاقٌ، فَلَفْظُ الْفُسْخِ كِنَايَةٌ فِيهِ، وَفِي الْمُقَادَاةِ وَجْهَانِ، وَفِي لَفْظِ الْخُلْعِ قَوْلَانِ، فَإِنْ جَعَلْنَاهُ صَرِيحًا، فَجَرَى دُونَ ذِكْرِ الْمَالِ، كَانَ كِنَايَةً، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ هَلْ يَفْتَضِي مُطْلَقَةً ثُبُوتَ الْمَالِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَفْتَضِي مَهْرَ الْمِثْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَفْتَضِيهِ، وَجَعَلْنَاهُ فُسْحًا، لَعَا، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ طَلَاقًا، صَارَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، وَلَكِنْ يَفْتَقِرُ إِلَى قَبُولِهَا؛ لِاقْتِضَاءِ لَفْظِ الْمُخَالَعَةِ الْقَبُولِ، إِلَّا إِذَا لَمْ يَنْتَضِمَنَّ الْبَيِّنَاتُ جَوَابِهَا، أَوْ قَالَ: خَلَعْتُكَ، وَلَوْ نَوَى الرَّجُلُ الْمَالَ، قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَنْفَذُ مَا لَمْ يَنْبُتْ بَيِّنَتُهَا أَيْضًا.

وَقِيلَ: لَا أَثَرَ لِيَتِيهِ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي نِسْبَةِ الْخُلْعِ إِلَى الْمُعَامَلَاتِ)، وَالتَّفْرِيعُ عَلَى أَنَّهُ طَلَاقٌ، فَقُولُ: لَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَ، أَوْ طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ مَخْصُصَةٌ؛ حَتَّى يَجُوزَ رُجُوعُهُ قَبْلَ قَبُولِهَا، وَلَا بُدَّ مِنْ قَبُولِهَا بِاللَّفْظِ فِي الْمَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ وَاحِدَةً عَلَى ثَلَاثِ الْأَلْفِ، لَمْ يَقَعْ، كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ، فَقَالَ: قَبِلْتُ ثَلَاثَةً بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَلَوْ قَبِلَتْ الْوَاحِدَةَ بِكَمَالِ الْأَلْفِ، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَاسْتَحَقَّ الْأَلْفَ.

وَقِيلَ: يَسْتَحَقُّ مَهْرَ الْمِثْلِ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ أَضْلًا.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً.

أَمَّا إِذَا أَتَى بِصِغَةِ التَّعْلِيْقِ، فَقَالَ: مَتَى مَا أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ فَهَذَا تَعْلِيْقٌ مَخْصُصٌ، فَلَا يَخْتَاجُ (و) إِلَى قَبُولِهَا، وَلَا إِلَى إِعْطَائِهَا (و) فِي الْمَجْلِسِ، وَلَا لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْإِعْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي، فَهُوَ كَذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ يَخْتَصُّ (و) بِالْإِعْطَاءِ بِالْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ قَرِيْنَةَ ذِكْرِ الْعَوَضِ يَفْتَضِي التَّعْجِيلَ، وَلَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِصَرِيحِ قَوْلِهِ: «مَتَى مَا»، فَأَمَّا جَانِبُ الْمَرْأَةِ، فَمُعَاوَضَةٌ

مَخْضَةً، حَتَّى يَجُوزَ لَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ الْجَوَابِ، وَإِنْ أَتَتْ بِصَرِيحِ صِيغَةِ التَّغْلِيْقِ، وَقَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، وَيَخْتَصِرُ الْجَوَابُ بِالْمَجْلِسِ (و) أَيْضاً، نَعَمْ أَخْتَمِلُ مِنْهَا صِيغَةَ التَّغْلِيْقِ لِسَبَبِهِ بِالْجَعَالَةِ؛ فَإِنَّهَا بَذَلَتْ الْمَالَ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي ثَلَاثاً عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكَ وَاحِدَةً عَلَى ثَلَاثِ أَلْفٍ، اسْتَحَقَّ الثَّلَاثُ، كَمَا فِي نَظِيرِهِ مِنَ الْجَعَالَةِ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ الرَّجُلُ أُنْبِئَاءً: طَلَّقْتُكَ ثَلَاثاً عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلْتَ وَاحِدَةً، لَمْ يَقَعْ؛ لِأَنَّ مَا أَتَى بِهِ صِيغَةَ وَاحِدَةٍ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَمَا عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلْتَ وَاحِدَةً عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لِأَنَّ الْجَوَابَ لَمْ يُوَافِقْ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنَا، فَأَجَابَ إِحْدَاهُمَا نَفَذَ، وَإِنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ، وَضَرَّتْكَ، فَقَبِلْتَ صَحَّ؛ لِأَنَّ الْمُتَعَدِّدَ هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فَقَطْ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنَا، وَازْتَدَّتَا، فَأَجَابَهُمَا، ثُمَّ عَادَتَا إِلَى الْإِسْلَامِ، صَحَّ الْخُلْعُ، وَإِنْ تَخَلَّلَ كَلِمَةُ الرَّدَّةِ، وَهَذَا الْكَلَامُ الْبَسِيرُ لَا يَضُرُّ.

(البَابُ الثَّانِي فِي أَزْكَانِ الْخُلْعِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ: الْعَاقِدَانِ، وَالْعَوْضَانِ، وَالصَّيْغَةُ:

(الْأَوَّلُ: الْمُوجِبُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقِلاً بِالطَّلَاقِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ السَّفِيهِ.

وَلَكِنْ لَا يَبْرَأُ الْمُخْتَلَعُ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ إِلَيْهِ، بَلْ إِلَى الْوَلِيِّ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْقَابِلُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ أَهْلاً لِلزَّيْمِ الْمَالِ، وَالزَّيْمُ الْمُكَاتَبَةُ الْمَالَ فِي الْخُلْعِ

تَبَرُّعٌ، وَالزَّيْمُ الْأَمَةُ فَاسِدٌ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، إِذَا عَتَقَتْ.

وَقِيلَ: يُثَبَّتُ الْمُسَمَّى، وَيُطَالَبُ بَعْدَ الْعِتْقِ.

وَأَخْتِلَاعُهُمَا بِإِذْنِ السَّيِّدِ صَحِيحٌ، وَلَا يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِناً لِلْمَالِ؛ فِي الْجَدِيدِ، وَأَخْتِلَاعُ السَّفِيهِ

فَاسِدٌ لَا يُوجِبُ الْمَالَ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ، وَلَكِنْ إِذَا قَبِلَتْ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيّاً، وَإِذَا أَخْتَلَعَتْ

الصَّبِيَّةَ، لَمْ يَقَعْ (و) الطَّلَاقُ رَجْعِيّاً^(١)؛ لِأَنَّ لَفْظَهَا فِي الْقَبُولِ فَاسِدٌ، وَالْمَرِيضَةُ إِنْ أَخْتَلَعَتْ بِمَهْرِ

الْمِثْلِ، صَحَّ، وَالزِّيَادَةُ تُخْتَسَبُ مِنَ الثَّلَاثِ دُونَ الْأَصْلِ [ح م]^(٢).

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْمُعَوَّضُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً لِلزَّوْجِ، فَلَا [يَصِحُّ خُلْعُ]^(٣) الْبَائِنَةِ

وَالْمُخْتَلَعَةِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ الرَّجْعِيَّةِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِقِيَامِ الْمَلِكِ، وَيَصِحُّ (و) خُلْعُ الْمُرْتَدَّةِ إِنْ

عَادَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ [انْقِضَاءِ]^(٤) الْعِدَّةِ، وَإِنْ أَصْرَتْ، تَبَيَّنَ الطَّلَاقُ [مِنَ الرَّدَّةِ]^(٥).

(١) قال الرافعي: «اختلعت الصبية لم يقع الطلاق رجعياً» هذا وجه.

والثاني: يقع رجعياً كما في السفيه، ورجحه صاحب التهذيب وغيره. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) من أ: فلا يجوز.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من ط.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ؛ الْعَوَضُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا مَتَمَّوْلًا، فَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا، فَسَدَ الْخُلْعُ، وَتَقَدَّتِ الْبَيْنُونَةُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ.

وَإِنْ اخْتَلَعَتْ بِخَمْرِ أَوْ مَغْصُوبٍ، لَزِمَ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ فِي قَوْلِ (ح م)، وَقِيَمَتُهُ، فِي قَوْلِ (ح و). وَلَوْ اخْتَلَعَتْ بِالدَّمِ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْصَدُ، وَالْمَيْتَةُ قَدْ وَتَقْصَدُ، فَهِيَ كَالْخَمْرِ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعَهَا بِمَائَةٍ، فَخَالَفَ الْوَكِيلَ، وَتَقَصَّ، بَطَلَ الْخُلْعُ، وَلَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعَهَا مُطْلَقًا، فَتَقَصَّ عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، فَفِيهِ [خَمْسَةٌ]^(١) أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا:) يَبْطُلُ؛ كَمَا لَوْ قُدِّرَ بِالْمَائَةِ.

(وَالثَّانِي:) أَنَّهُ يَنْفُذُ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

(وَالثَّلَاثُ:) أَنَّهُ يُخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ.

(وَالرَّابِعُ:) يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَرْضَى بِالْمُسَمَّى، وَبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ الطَّلَاقَ رَجْعِيًّا.

(وَالْخَامِسُ:) أَنَّهُ إِنْ رَضِيَ بِالْمُسَمَّى، فَذَٰكَ، وَإِلَّا ائْتَمَعَ الطَّلَاقُ.

أَمَّا وَكَيْلُهَا بِالْاِخْتِلَاعِ بِمَائَةٍ، إِذَا زَادَ، فَالْنَّصُّ وَقُوعُ (ز) الْبَيْنُونَةِ (و)، وَفِيمَا يَلْزُمُهَا قَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا:) مَهْرُ الْمِثْلِ.

(وَالثَّانِي:) يَلْزُمُهَا مَا سَمَتْ، وَزِيَادَةُ الْوَكِيلِ أَيْضًا يَلْزُمُهَا إِلَّا مَا جَاوَزَ مِنْ زِيَادَتِهِ عَلَى مَهْرِ

الْمِثْلِ.

وَإِنْ أَصَافَ الْوَكِيلُ الْاِخْتِلَاعَ إِلَى نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ الْمُسَمَّى، وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهَا، وَلَا إِلَى نَفْسِهِ، حَصَلَتِ الْبَيْنُونَةُ، وَعَلَيْهَا مَا سَمَتْ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى الْوَكِيلِ.

وَفِي قَوْلِ آخَرِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا أَيْضًا مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَهْرَ الْمِثْلِ، فَإِنْ جَاوَزَ مَهْرَ الْمِثْلِ، فَهِيَ عَلَى الْوَكِيلِ، وَإِنْ أَذِنَتْ مُطْلَقًا، فَهُوَ كَالْمَقْدَرِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ: الصَّبْغَةُ)، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ بِدِينَارٍ؛ عَلَى أَنَّ لِي الرَّجْعَةَ، فَهُوَ طَّلَاقٌ (ح و) رَجْعِيٌّ، وَسَقَطَ الدِّينَارُ، عَلَى قَوْلِ (ح م)، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي^(٢)، فَسَدَ (م) شَرْطُ الرَّجْعَةِ، وَوَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْمَرْأَةِ فِي الْخُلْعِ وَالتَّطْلِيقِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَسْتَقِلُّ بِهِمَا، وَلَا يَتَوَلَّى وَكِيلُ الْخُلْعِ الطَّرَفَيْنِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنَّ تُرْضِعَ وَلَدَهُ حَوْلَيْنِ، وَتَحْضَنَهُ، صَحَّ، فَإِنْ أَصَافَ إِلَيْهِ نَفَقَةَ عَشْرِ سِنِينَ، وَكَانَ مِمَّا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ،

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «فلو قال: طلقك بدینار علی أن لی الرجعة فهو طلاق رجعي وسقط الدینار علی قول، وفي القول الثاني... إلى آخره» هذه طريقة والاکثرون قطعوا بوقوع الطلاق رجعیاً، وسقوط المال. [ت]

وَوَصَفُهُ، خُرُجَ (و) عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَ صَفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ^(١)، فَإِنْ أَسَدْنَا، وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَيَقِمْ الْمَوْصُوفَاتِ؛ عَلَى قَوْلٍ، فَإِنْ صَحَّحْنَا، فَعَاشَ الْوَلَدُ أَسْتَوْفَاهُ، فَإِنْ كَانَ زَهِيدًا، فَالزِّيَادَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ رَغِيْبًا، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، فَلَوْ مَاتَ، انْفَسَخَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَخُرُجَ فِي الْمَاضِي؛ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

(البَابُ الثَّالِثُ فِي مُوجِبِ الْأَلْفَاطِ الْمُعْلَقَةِ بِالْإِعْطَاءِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:)

(الأُولَى): إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلْتُ، لَزِمَ الْأَلْفُ، فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، فَكَذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَلِي عَلَيْكَ أَلْفٌ، طُلِّقَتْ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، وَلَا يَلْزَمُ الْأَلْفُ؛ لِأَنَّهُ صِبْغَةٌ إِبْخَارٌ، لَا صِبْغَةٌ إِلْزَامٌ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْإِلْزَامَ، لَمْ يُؤْثَرْ تَوَافُقُهُمَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَحْتَمِلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنَّ لِي عَلَيْكَ أَلْفًا، فَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ^(٢)، لِأَنَّهُ صِبْغَةٌ شَرْطٌ، وَالطَّلَاقُ لَا يَقْبَلُهُ، نَعَمْ لَوْ فُسِّرَ بِالْإِلْزَامِ، فَفِي قَبُولِهِ خِلَافٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ ضَمِنْتُ لِي أَلْفًا، فَإِنْ ضَمِنْتُ فِي الْمَجْلِسِ، طُلِّقْتُ، وَلَزِمَهَا، وَلَوْ قَالَ: أَمْرُكَ بِيَدِي، فَطَلَّقِي نَفْسَكَ، إِنْ ضَمِنْتُ لِي أَلْفًا، فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ، وَطُلِّقْتُ، أَوْ قَالَتْ: طُلِّقْتُ، وَضَمِنْتُ، نَفَذَ، وَلَزِمَ الْمَالُ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا عَلَّقَ بِالْإِقْبَاضِ، أَوْ الْإِعْطَاءِ، أَوْ الْأَدَاءِ، اخْتَصَّ بِالْمَجْلِسِ إِلَّا إِذَا قَالَ: «مَتَى مَا»، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتُ، لَمْ تُطْلَقْ (و) إِلَّا بِمَشِيئَتِي فِي الْمَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، إِنْ شِئْتُ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، وَقَبِلْتُ فِي الْمَجْلِسِ، طُلِّقْتُ، وَلَوْ أَقْتَصَرْتُ عَلَى أَحَدِ اللَّفْظَيْنِ، كَفَى؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي [أَلْفًا]^(٣) فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا وُضِعَتْ بَيْنَ يَدَيْهِ، طُلِّقْتُ، وَدَخَلَ الْمُعْطَى (و) فِي مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ مِنْهَا، لِضَرُورَةِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ بِالْعَوْصِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُعْطَى، لَكِنْ يُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَإِنْ عَلَّقَ عَلَى الْإِقْبَاضِ، لَمْ يَكْفِ الْوَضْعُ بَيْنَ يَدَيْهِ، مَا لَمْ يَأْخُذْهُ بِالْيَدِ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، لِأَنَّ لَفْظَ الْإِقْبَاضِ لَا يُنْبِئُ عَنِ الْمِلْكِ؛ بِخِلَافِ الْإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْإِقْبَاضَ كَالْإِعْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَعْطَتْ أَلْفَيْنِ، طُلِّقْتُ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ بِأَلْفَيْنِ، لَمْ يَصَحَّ.

(١) قال الراعي: «وإن أضاف إليه نفقة عشر سنين، وكان مما يجوز السلم فيه ووصفه خُرُجَ على الجمع بين صفتين مختلفتين» هذه طريقة، والأصح القطع بالصحة. [ت]

(٢) قال الراعي: «ولو قال: أنت طالق على أن لي عليك ألفاً، فالطلاق رجعي» والذي أورده الأكثرون أن قوله: على أن لي عليك ألفاً، كقوله: أنت طالق أو طلقك على ألف تحصل البينونة، وتلزم الألف. [ت]

(٣) سقط من ط.

(الرَّابِعَةُ) إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَفِي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ، وَالْغَالِبُ وَاحِدٌ، فَأَنْتَ بِغَيْرِ الْغَالِبِ، طُلَّقْتَ لِعُمُومِ الْأَسْمِ، لَكِنْ عَلَيْهَا الْإِبْدَالُ بِالْغَالِبِ؛ لِاخْتِصَاصِ الْمُعَاوَضَةِ بِهِ، وَلَفْظُ الْإِفْرَاقِ أَيْضًا لَا يَخْتَصُّ بِالْغَالِبِ، بَلْ أَثَرُ الْعُرْفِ فِي الْمَعَامَلَةِ فَقَطْ، دُونَ التَّعْلِيلِ وَالْإِفْرَاقِ. وَلَوْ أَثَرُ بِالْفَمِ مَعِيبٌ، طُلَّقْتَ؛ لِعُمُومِ الْأَسْمِ، وَعَلَيْهَا الْإِبْدَالُ بِالسَّلِيمِ؛ لِلْمُعَاوَضَةِ.

(الخَامِسَةُ): إِنْ كَانَ الْغَالِبُ دَرَاهِمَ عَدَدِيَّةً نَاقِصَةً، لَمْ يَنْزِلْ عَلَيْهَا الْإِفْرَاقُ وَالتَّعْلِيلُ، وَهَلْ يَنْزِلُ عَلَيْهَا التَّبَعُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ وَيَقْبَلُ تَفْسِيرُ التَّعْلِيلِ وَالْإِفْرَاقِ بِالْمُعْتَدِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ؛ وَكَذَلِكَ لَا يَنْزِلُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ؛ لِأَنَّهَا نَاقِصَةٌ، وَلَكِنْ يَصِحُّ التَّعَامُلُ عَلَيْهَا، إِنْ كَانَ قَدْرُ الْفَقْرَةِ مَعْلُومًا، وَإِلَّا فَوَجْهَانِ^(١).

(السَّادِسَةُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي عَبْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَوَصَفَ الْعَبْدَ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلَامُ، فَأَنْتَ بِهِ، طُلَّقْتَ، وَمَلَكَ الزَّوْجُ الْعَبْدَ، وَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ الْعَبْدِ، طُلَّقْتَ بِكُلِّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ أَسْمُ الْعَبْدِ مِنْ مَعِيبٍ وَسَلِيمٍ، لَكِنْ يُرَدُّ عَلَيْهَا وَيُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلَوْ أَثَرُ يَبْعِدُ مَغْضُوبٌ، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي خَسْرًا، فَأَنْتِ بِخَسْرِ مَغْضُوبٍ، فَوَجْهَانِ، مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْوُقُوعِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي هَذَا الْعَبْدَ، فَأَعْطَتْ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقًّا، فَهَلْ يَتَبَيَّنُ أَنَّ الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي هَذَا الْخُرَّ، وَقَعَ الطَّلَاقُ بِإِعْطَائِهِ، رَجْعِيًّا. وَقِيلَ: يُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ، وَيَكُونُ بَاطِلًا^(٢).

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي هَذَا الثَّوبَ الْمَرْبُوعَ، فَإِذَا هُوَ مَرْبُوعٌ، طُلَّقْتَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ غَلَطٌ فِي الْوَصْفِ، وَلَوْ قَالَ: خَالَغْتُ عَلَى هَذَا الثَّوبِ؛ عَلَى أَنَّهُ مَرْبُوعٌ، فَإِذَا هُوَ مَرْبُوعٌ، نَقَدَتِ الْبَيِّنَةُ، وَلِلزَّوْجِ خِيَارُ الْخُلْفِ فِي الْعَوَضِ دُونَ الطَّلَاقِ^(٣).

(البَابُ الرَّابِعُ فِي سُؤَالِ الطَّلَاقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ):

(الأَوَّلُ فِي أَلْفَاظِهِ)، وَفِيهِ صُورٌ: (الأَوَّلَى): إِذَا قَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، اخْتَصَرَ الْجَوَابُ بِالْمَجْلِسِ؛ بِخِلَافِ قَوْلِهِ لَهَا: مَتَى مَا أَعْطَيْتَنِي، وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ طَلَّقْتَنِي، فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنْ الصَّدَاقِ، فَطُلَّقَ، فَهُوَ رَجْعِيٌّ، وَلَا يَحْصُلُ الْبَرَاءَةُ؛ لِأَنَّ تَعْلِيلَ الْبَرَاءَةِ لَا يَصِحُّ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي وَلَكَ عَلَى أَلْفٍ، فَطُلَّقَ، لَزِمَهَا (ح و) الْأَلْفُ، وَصَلَحَتْ هَذِهِ الصِّيغَةُ مِنْهَا لِلاتِّزَامِ، وَإِنْ لَمْ

(١) قال الرافعي: «ولكن يصح التعامل عليها إن كان قدر الفقرة معلوماً وإلا فوجهان، صورة الوجهين قد ذكرها مرة في الزكاة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: إن أعطيتني هذا الخُرَّ وقع الطلاق بإعطائه رجعيًّا وقيل: يرجع إلى مهر المثل، ويكن بائنًا، الأشبه الثاني، وسياق الكتاب يشعر بترجيح الأول. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وللزَّوج خيار الخلف في العوض دون الطلاق» قد سبق في الخلع والطلاق ما نفى عنه. [ت]

يُضْلَعُ مِنْهُ لِلْإِزَامِ، وَلَوْ قَالَ: بَغْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَذَلِكَ لَا يُحْتَمَلُ فِي الْبَيْعِ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْمَالَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لَمْ أَقْصِدِ الْجَوَابَ؛ حَتَّى يَكُونَ رَجْعِيًّا، وَلَوْ قِيلَ: لَهُ أَطَلَّقْتُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَهُوَ مُتَعَيِّنٌ لِلْجَوَابِ^(١)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقِلٍّ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبْنِي، فَقَالَ: أَبْنَتُكَ، فَإِنْ نَوَّيَا، نَقَذَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوَيَا، أَوْ لَمْ يَنْوِ الرَّوْجَ، لَغَا، وَإِنْ نَوَى، دُونَهَا نَظَرَ؛ فَإِنْ ذَكَرَ الْمَالَ، لَمْ يَنْقُذْ، لِأَنَّهَا لَمْ تَلْتَزِمَ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ، نَقَذَ رَجْعِيًّا، وَإِنْ ذَكَرَ الْمَالَ دُونَهَا، لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ، وَإِنْ ذَكَرَتْ فِي التَّمَاسِيهَا، فَقَالَتْ: أَبْنِي بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَبْنَتُكَ، فَهُوَ كَمَا إِذَا ذَكَرَا جَمِيعًا إِلَّا أَنْ يَقُولَ: قَصَدْتُ الْإِبْدَاءَ، دُونَ الْجَوَابِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبْنِي، فَقَالَ: أَبْنَتْ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ، مَعَ بَيْتِهِ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَلَمْ يَثْبُتِ الْمَالَ؛ بِخِلَافِ لَفْظِ الْخُلْعِ؛ فَإِنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ الْمَالِ، فَيَقْتَضِيهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّمَاسِيهَا طَلَاقًا مُقَيَّدًا بِعَدَدٍ)، وَفِيهِ صُورٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، اسْتَحَقَّ ثَلَاثُ الْأَلْفِ؛ بِخِلَافِ جَانِبِهِ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ إِلَّا طَلَقَةٌ، وَطَلَّقَ الْآخِرَةَ، اسْتَحَقَّ (ز) تَمَامُ الْأَلْفِ، وَإِنْ بَقِيَ طَلَقَتَانِ، اسْتَحَقَّ بِالْوَاحِدِ ثَلَاثُ الْأَلْفِ، فَإِنْ أَوْقَعَهُمَا، اسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ (ز) لِأَنَّهُ أَفَادَ الْبَيِّنُونَ الْكُبْرَى، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي عَشْرًا بِأَلْفٍ، اسْتَحَقَّ بِالْوَاحِدَةِ عَشْرُ الْأَلْفِ، وَبِالْثَنَتَيْنِ خُمُسُهُ، وَبِالْثَلَاثِ الْجَمِيعَ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، وَثَنَتَيْنِ مَجَانًا، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ الْأُولَى بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَالثَّانِي لَا يَقَعَانِ؛ لِأَنَّهَا بَائِنَةٌ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ الْأُولَى لَا تَقَعُ؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهَا إِلَّا بِالْأَلْفِ، وَهِيَ، مَا قَبِلْتَ إِلَّا بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَالثَّانِي بَعْدَهَا تَقَعَانِ رَجْعِيَّتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ فِي الْجَوَابِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً مَجَانًا، وَاثْنَتَيْنِ بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، وَابْتَنَى الثَّانِي عَلَى مُخَالَعَةِ الرَّجْعِيَّةِ، فَإِنْ جَوَزْنَا، نَقَذْنَا بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَإِلَّا وَقَعْنَا بِغَيْرِ مَالٍ؛ كَمُخَالَعَةِ السَّفِيهِ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، اسْتَحَقَّ (ح) تَمَامُ الْأَلْفِ؛ لِأَنَّهُ أَجَابَ وَزَادَ، فَلَوْ ذَكَرَ الْمَالَ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَهُوَ كَمَا إِذَا لَمْ يَذْكُرْ.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا صَرِيحٌ فِي التَّوْزِيْعِ، وَمُقَابِلَةٌ كُلُّ طَلَقَةٍ بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ الْإِلْتِمَاسَ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْأُولَى يَقَعُ فَقَطْ؛ لِأَنَّهَا أَلْتَمَسَتْ بِأَلْفٍ، وَأَجَابَهَا بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، فَقَدْ أَحْسَنَ، وَلَزِمَ مِنْ هَذَا أَنْ يَقُولَ: بَغْنِي بِأَلْفٍ، فَيَقُولَ: بِغَتِكَ بِخَمْسِمِائَةٍ؛ أَنَّهُ يَصْخُ، وَذَلِكَ بَعِيدٌ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي نِصْفَ طَلَقَةٍ بِأَلْفٍ، أَوْ طَلَّقْ نِصْفِي بِأَلْفٍ، فَطَلَّقْ، بَانَثَ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِفَسَادِ صِغَةِ الْمُعَاوَضَةِ. وَقِيلَ: عَلَيْهَا الْمُسَمَّى (ز).

(١) قال الرافعي: «ولو قيل له: أطلقت زوجتك؟ فقال: نعم فهو متعين للجواب» هذه الصورة مذكورة في أواخر «كتاب الطلاق» بأكثر مما ذكرها والمقصود هنا إظهار الفرق بين أن يقول: لم أقصد الجواب بقولي: نعم وبين قوله: طلقتك. [ت]

(الفصل الثالث: في المعلق بزمان)، وفيه صور، فلو قالت: طلقني غداً، ولك ألف، استحقَّ الألف، مهما طلق، إما في الغد، وإما قبله، وإن طلق بعده، نفذ رجعيّاً؛ لأنه خالف، ولو قالت: لك ألف إن طلقني في جميع هذا الشهر، ولم تؤخر، استحقَّ الألف، إن وافق؛ بخلاف مألوف قالت: متى ما طلقني، فلك ألف، فإنه لا يستحقُّ إلا بطلاق في المجلس؛ لأنَّ قرينة العوض عارض عموم «متى ما»، ولا يعارض صريح التخيير، وقد قيل ينقل الجواب من كل مسألة إلى أخيها، ولو قال: أنت طالق غداً على ألف، فقالت في الحال: قبلت^(١)، وقع الطلاق غداً، واستحقَّ مهر المثل؛ على وجه، لفساد المعاوضة بالتعليق، والمسمى، على وجه؛ لاحتمال التعليق فيه.

وفيه وجه؛ أنه لا يقع الطلاق أضلاً.

(الفصل الرابع في اختلاع الأجنبية)، وهو صحيح كاختلاعها، ولا يشترط رضاها، لكن المال يجب على الأجنبية، وإن كان وكيلاً عن جهتها، تخير بين أن يختلع مستقلاً، أو بالوكالة، ويعرف ذلك من لفظه ونسبته، فإن لم يصرح بالسفارة، ونوى النيابة^(٢)، تعلقت به المهر؛ كما في الشراء (ز)، وإن اختلع بوكالتها، ثم بان أنه كاذب، تبين أن الطلاق غير واقع، ولو كان المختلع أباًها، وهي طفل، فهو كالأجنبي، وإن اختلع بناتها، لم يصح؛ كالوكيل الكاذب، وإن اختلع استقلاً، ولكن بعين مالها، فهو كخلع الأجنبي بالمغضوب، فإن لم يتعرض لنيابة ولا استقلاً، ولكن اختلع بعبد، ذكر أنه من مالها، وقع الطلاق رجعيّاً، وكان كالسفيه.

وقيل: إنه كالأجنبي يختلع بالمغضوب.

وقيل أيضاً في المغضوب: يقع الطلاق رجعيّاً.

وإن اختلعتها بالبراءة عن الصداق، صح (و) إن جوزنا للولي العفو، وإلا فالطلاق يقع رجعيّاً؛ على وجه، وهو كالوكيل الكاذب؛ على وجه، ولو قال: اختلعتها، وأنا ضامن براءتك عن الصداق، فالقياس أن الطلاق رجعي (و)، وإن قال: اختلعت على أي ضامن، إن طوئبت بالصداق^(٣)، فالطلاق بائن، وعليه مهر المثل.

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق غداً على ألف فقالت في الحال: قبلت... إلى آخره» الخلاف في أنه يجب مهر المثل هو المسمى؟ فيه أوجه لابن سريج. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن لم يصرح بالسفارة، ونوى النيابة» كان الأحسن أن يطرح لفظ النيابة ويقول: ونواها. [ت]

(٣) في ط: بالطلاق.

(البَابُ الْخَامِسُ فِي النِّزَاعِ)

وَلَهُ صَوْرٌ:

(إِخْدَاهَا): أَنْ يَقَعَ فِي أَصْلِ ذِكْرِ الْعَوَضِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، إِذْ أَنْكَرَتْ الْعَوَضَ، وَالْبَيِّنُونَةُ تَخْصُلُ مُوَاحِدَةً لَهُ بِقَوْلِهِ.

(الثَّانِيَةُ): النِّزَاعُ فِي جِنْسِ الْعَوَضِ وَقَدَرِهِ يُوجِبُ (ح) التَّحَالُفَ وَالرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ؛ كَمَا فِي الصَّدَاقِ.

(الثَّلَاثَةُ): إِذَا تَوَافَقَا عَلَى جَرَيَانِ الْخُلْعِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ مُطْلَقًا، وَفِي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ لَا غَالِبَ فِيهَا، وَلَكِنْ نَوِيًا نَوْعًا وَاحِدًا، فَهَذَا لَا يُحْتَمَلُ فِي الْبَيْعِ؛ لَجَهَالَتِهِ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ، وَيُحْتَمَلُ فِي الْخُلْعِ، وَلَا يُحْتَمَلُ فِي الْخُلْعِ أَنَّ يَذْكَرَ مُجَرَّدُ الْأَلْفِ وَلَا يَتَعَرَّضُ لِلنَّوْعِ^(١)، وَأَشَدُّ أَحْتِمَالًا مِنْهُ أَنْ يَقُولَ: أَلْفٌ وَشَيْءٌ، فَيَفْسُدَ الْخُلْعُ لِلْإِجْمَالِ، وَلَا يُؤْثِرُ النِّبْيَةُ مَعَ التَّوَافُقِ.

وَلَوْ تَنَازَعَا، فَقَالَ: أَرَدْنَا بِالْدَّرَاهِمِ الثُّقْرَةَ، فَقَالَتْ: بَلْ أَرَدْنَا الْفُلُوسَ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّهُ نِزَاعٌ فِي الْجِنْسِ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِرَادَةِ الدَّرَاهِمِ، وَلَكِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ الْفُلُوسَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، فَإِنْ حَلَفَتْ، بَانَتْ، وَلَا عَوَضَ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِرَادَتِهَا الْفُلُوسَ، وَلَكِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الدَّرَاهِمَ، وَلَا فُرْقَةَ، فَالْبَيِّنُونَةُ حَاصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِظَاهِرِ التَّوَافُقِ عَلَى الدَّرَاهِمِ لَفْظًا، وَجَرَيَانِ الْخُلْعِ، وَالتَّيَاتُ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهَا، وَلَا شَيْءٌ لِلرُّوْجِ؛ لِإِنْكَارِهِ الْفُرْقَةَ.

وَقِيلَ: لَهُ مَهْرُ الْمَثَلِ.

(الرَّابِعَةُ) إِذَا تَنَازَعَا فِي الْمُعَوَّضِ، فَقَالَتْ: سَأَلْتُكَ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ بِأَلْفٍ، فَأَجَبْتَنِي، فَقَالَ: بَلْ سَأَلْتِ وَاحِدَةً، فَقَدْ أَتَّفَقَا عَلَى الْأَلْفِ، وَتَنَازَعَا فِي مِقْدَارِ الْمُعَوَّضِ، فَيَتَحَالَفَانِ، وَلَهُ مَهْرُ الْمَثَلِ، فَأَمَّا عَدُّ (و) الطَّلَاقِ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلَّا قَوْلُهُ.

(الْخَامِسَةُ): إِذَا أَدْعَى عَلَيْهَا الْإِخْلَاعَ، فَأَنْكَرَتْ، وَقَالَتْ: اخْتَلَعَنِي أَجْنَبِيٌّ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ الْعَوَضِ، وَبَانَتْ لِقَوْلِهِ، وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَغْتِرَافِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: اخْتَلَعْتُ، وَلَكِنْ بِوَكَالَةِ أَجْنَبِيٍّ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَصْلِ الْعَقْدِ، وَاخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْإِصَافَةِ.

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِإِنْكَارِهَا أَصْلَ الْإِلْتِزَامِ.

(١) قال الرافعي: «ولا يحتمل في الخلع أن يذكر مجرد الألف، ولا يتعرض للنوع»، والذي يوجد للأصحاب العراقيين وغيرهم أنه يحتمل. [ت]

(كِتَابُ الطَّلَاقِ)^(١)

([وَالنَّظَرُ فِي شَرْطَيْنِ: الْأَوَّلُ: فِي عُمُومِ حُكْمِهِ]^(٢)،
وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:

(أَلْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي السُّنَّةِ وَالْبِدْعَةِ، وَفِيهِ فَصْلَانِ:

(الْأَوَّلُ: فِي بَيَانِ الْبِدْعِيِّ)، وَهُوَ الطَّلَاقُ الْمُحَرَّمُ إِيقَاعُهُ، وَلِتَخْرِيمِهِ سَبَبَانِ:

(أَحَدُهُمَا): الْحَيْضُ؛ فَيَمَنُ تَعْتَدُ بِالْحَيْضِ، وَطَّلَاقُ الْحَائِضِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِذَيْعِيٍّ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ

(١) الطلاق: اسم مصدر له «طلق» بالتشديد ومصدره التطلق، ومصدر «طلق» بالتخفيف يقال: أطلقت المرأة طلاقاً، فهي طالقة. وكثيراً ما تفرق العرب بين اللفظية عند اختلاف المعنيين، تقول: طلقت إبلي وأسييري، وطلقت امرأتي. فاستعملوا في النكاح التفصيل، ولهذا لو قال لزوجته: أنت مطلقة بالتشديد كان صريحاً، وبالتخفيف كان كناية وله معان كثيرة: ومنها الفراق، والترك؛ يقال: طلقت القوم تركتهم، وطلقت «فارتقتها». ومنه قول الشاعر: [الوافر]

غَطَّارِقَةٌ تَرَوْنَ الْمَجْدَ غَنَمًا إِذَا مَا طَلَّقَ الْبَرِّمُ الْعِيَالَا
تركهم كما يترك الرجل المرأة، ومنها التخلية والإرسال، أخذ من قولهم: طالق إذا خليت مهملة بغير راع. وفي حديث ابن عمر: «والرجل الذي قال لزوجته أنت طالق» وطلقت الأسير، أي خليته. وأنشد سيويه. [الوافر]

طَلِّقْ أَلَا لَمْ يَمُنُّنْ عَلَيْهِ أَبُو دَاوُدَ وَإِبْنُ أَبِي كَبِيرٍ
حنين «خرج ومعه الطلقاء» هم الذين خلى عنهم يوم فتح «مكة» وأطلقهم فيهم، وأحدهم طليق وهو الأسير، إذا أطلق سبيله. ومنها حل القيد حسيّاً كقيد الفرس، أو معنويّاً كالعضمة فإنها تحل بالطلاق. ومن هذا حبسوه في السجن طلقاً أي: بغير قيد، ويقال للإنسان إذا عتق: طليق، أي صار حراً. وقال الجوهري «بغير طلق، وناقاة طلق، أي غير مقيدة، وأطلقت الناقاة من العقال فطلقت».

ينظر: الصحاح ٤/١٥١٨، المغرب ٢٩٢، لسان العرب ١٠/٢٢٥، والمصباح المنير ٢/٥٧٣. اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: إزالة النكاح الذي هو قيدٌ معنى.

عرفه الشافعية بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو هو: تصرف مملوك للزوج يُخِذْهُ بلا سبب، فيقطع النكاح.

عرفه المالكية بأنه: إزالة القيد، وإرسال العضمة؛ لأن الزوجة تزول عن الزوج.

عرفه الحنابلة بأنه: حل قيد النكاح أو بعضه.

ينظر: الاختيار لتعليل المختار ص ٦٢، التبيين ٢/١٨٨، الدرر ١/٣٥٨، البدائع ٤/١٧٦٥ الخروشي على مختصر سيدي خليل ٣/١١، الكافي ٢/٥٧١، كشف القناع ٥/٢٣٢، والمغني ٧/٣٦٣.

(٢) سقط من أ، ب

تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ؛ إِذْ بَقِيَّةُ الْحَيْضِ لَا تُخْتَسَبُ.

وَلَا بِدَعَةٍ فِي طَلَاقٍ غَيْرِ الْمَمْسُوسَةِ، وَلَا سُتَّةً، وَيَجُوزُ خُلْعُهَا.

فَقِيلَ: لِأَنَّ ذَلِكَ تَطْوِيلٌ بِرِضَاهَا، فَيَجُوزُ الطَّلَاقُ بِرِضَاهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِوَضٌ، وَلَا يَجُوزُ اخْتِلَاعُ الْأَجْنَبِيِّ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ مُعَلَّلٌ بِضُرُورَةِ الْإِفْتِدَاءِ.

وَلَا يَجُوزُ الطَّلَاقُ بِسُؤَالِهَا، وَيَجُوزُ خُلْعُ الْأَجْنَبِيِّ، وَكَذَلِكَ يُطَلَّقُ عَلَى الْمَوْلَى، وَإِنْ كَانَ فِي الْحَيْضِ؛ لِلضَّرُورَةِ.

وَمَنْ طَلَّقَ فِي حَالِ الْحَيْضِ، فَيُسْتَحَبُّ (م) أَنْ يُرَاجِعَهَا حَتَّى تَطْهَرُ، ثُمَّ نَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهَرُ، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا إِنْ شَاءَ لِئَلَّا يَكُونَ الرَّجْعَةُ لِلطَّلَاقِ.

وَتَرَدَّدُوا فِي أَنَّهُ، هَلْ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُجَامِعَهَا؟ وَقِيلَ: يُرَاجِعُهَا حَتَّى تَطْهَرُ، فَيُطَلِّقَ فِي الطَّهْرِ الْأَوَّلِ.

وَلَا بِدَعَةٍ (ح) فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ (ح م)، وَلَكِنَّ الْأَوَّلَى التَّفْرِيقُ؛ حَدَرًا مِنَ النَّدَمِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الْحَيْضِ، فَهُوَ بِذِعِيٍّ فِي وَجْهِهِ؛ لِأَقْرَانِهِ بِالْحَيْضِ، وَسُئِيَ مِنْ وَجْهِهِ؛ لِاسْتِغْفَائِهِ الطَّهْرَ الْمَحْسُوبَ؛ وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطَّهْرِ. وَلَكِنْ بِالْعَكْسِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ فِي الْحَيْضِ لَكِنْ لَوْ دَخَلْتَ، وَهِيَ طَاهِرَةٌ، يُعَدُّ سُنِّيًّا، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا، يُعَدُّ بِذِعِيًّا؛ فَيُسْتَحَبُّ الْمَرَاجَعَةُ.

(السَّبَبُ الثَّانِي: إِمَّاكَانُ الْحَمْلِ)، وَالطَّلَاقُ فِي طَهْرِ جَامِعِهَا فِيهِ، أَوْ اسْتَدَخَلَتْ مَاءَهُ، بِذِعِيٍّ، فَإِنْ طَهَرَ كَوْنُهَا حَامِلًا، لَمْ يَكُنْ بِذِعِيًّا؛ لِأَنَّهُ طَلَّقَ عَلَى ثِقَةٍ [مِنْ نَفْسِهِ] ^(١).

وَلَوْ وَطِئَهَا فِي الْحَيْضِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، قِيلَ: لَا يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ بَقِيَّةَ الْحَيْضِ تَدُلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ. وَقِيلَ بِالتَّخْرِيمِ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا بِدَعَةٍ فِي خُلْعِهَا.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ أَمَدَ الْحَمْلِ لَا يَتَعَلَّقُ بِرِضَاهَا، وَالْعِدَّةُ حَقُّهَا؛ فَيَجُوزُ أَنْ تَتَأَثَّرَ بِرِضَاهَا.

وَالْإِيسَةُ، وَالصَّغِيرَةُ، وَغَيْرُ الْمَمْسُوسَةِ، وَالْحَامِلُ يَبْقِي، لَا بِدَعَةٍ فِي طَلَاقِهَا أَصْلًا.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّعْلِيلِ بِالسُّتَّةِ وَالْبِدْعَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الْأَوَّلَى): إِذَا قَالَ لِلْحَائِضِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ، طُلِّقَتْ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ: لِلْسُّتَّةِ، لَمْ تُطَلَّقْ حَتَّى تَطْهَرَ (ح).

وَلَوْ قَالَ لِلطَّاهِرِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْسُّنَّةِ، وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَالَ: لِلْبِدْعَةِ، فَإِذَا جَامَعَهَا، أَوْ حَاضَتْ، طُلِقَتْ، وَاللَّامُ فِيهَا يُنْتَظَرُ لِلثَّانِيَةِ؛ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِرِمَاضٍ؛ بِخِلَافِ قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِرِضَاءٍ فَلَانٍ؛ فَإِنَّهُ لِلتَّغْلِيلِ، فَيَقَعُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ سَخِطَ فَلَانٌ فَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ الثَّانِيَةَ يُدَيِّنُ بَاطِنًا، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

فَلَوْ قَالَ لِصَغِيرَةٍ، أَوْ غَيْرِ مَنْمُوسَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْسُّنَّةِ، أَوْ لِلْبِدْعَةِ، وَقَعَ فِي الْحَالِ؛ وَكَأَنَّ اللَّامَ لِلتَّغْلِيلِ، وَسَقَطَ قَوْلُهُ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ الْمُضَافُ إِلَى الْبِدْعَةِ؛ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا، وَتَحِيضٌ، وَإِنْ قَالَ: لِلْسُّنَّةِ، يَقَعُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ طَلَّاقٌ لَا تَحْرِيمَ فِيهِ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا قَالَ لِلطَّاهِرَةِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا؛ بَعْضُهُنَّ لِلْسُّنَّةِ، وَبَعْضُهُنَّ لِلْبِدْعَةِ، يُحْمَلُ عَلَى الشَّطِيرِ مُطْلَقَةً، فَيَقَعُ فِي الْحَالِ طَلْقَةً وَنِصْفَ لِكْتُمَلِ فِي الْحَالِ طَلَقَتَيْنِ، وَقَالَ الْمُزَنِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - يَقَعُ وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الْبَعْضَ مُجْمَلٌ، وَأَقْلَهُ الْوَاحِدُ؛ فَيُنْزَلُ عَلَيْهِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ فِي الْحَالِ ثَلَاثَةَ أَنْصَافٍ، كَمَلَ الثَّلَاثُ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ وَاحِدَةً فِي الْحَالِ، وَثْنَتَيْنِ فِي الْأَسْتِقْبَالِ؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ.

وَقِيلَ: لَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الثَّانِيَةِ بَعْضًا بَعِيدٌ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَجْمَلُ الطَّلَاقِ، وَأَفْضَلُهُ، وَأَحْسَنُهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لِلْسُّنَّةِ؛ فَلَا يَقَعُ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ.

وَلَوْ قَالَ: أَفْبَحُ الطَّلَاقِ، وَأَسْمَحُهُ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: لِلْبِدْعَةِ.

وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً قَبِيحَةً حَسَنَةً، أَوْ سُنَّةً بِدْعِيَّةً فَيَلْعُو الْوَصْفُ؛ لِتَنَاقُضِهِ، وَيَقَعُ أَضْلُ الطَّلَاقِ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فِي كُلِّ قُرَى طَلْقَةً، يُنْظَرُ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَهِيَ حَائِضٌ، لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ كَانَتْ طَاهِرَةً، وَقَعَتْ وَاحِدَةً، وَبَانَ؛ فَلَا تَلْحَقُ الثَّانِيَةُ.

وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا قَبْلَ الطُّهْرِ الثَّانِي، لِحَقِّ الثَّانِيَةِ، وَالثَّلَاثَةِ؛ عَلَى قَوْلِ عَوْدِ الْحِنْثِ.

فَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الطُّهْرِ الثَّانِي، لَمْ يَقَعْ، لِانْجِلَالِ الْيَمِينِ بِالطُّهْرِ الثَّانِي قَبْلَ التَّجْدِيدِ.

وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا، لِحَقِّهَا الثَّلَاثُ فِي ثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ، وَقَدْ شَرَعَتْ بِالْأُولَى فِي الْعِدَّةِ.

وَهَلْ تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةُ لِلْحُقُوقِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ^(١) (و)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، وَهِيَ

(١) قال الرافعي: «وهل تستأنف العدة للحقوق الثانية والثالثة، فيه خلاف».

قولان. [ت]

وقال أيضاً «وهل تستأنف العدة للحقوق الثانية والثالثة، فيه خلاف» الصورة، والخلاف فيهما يعودان في

العدة. [ت]

تَحِيضُ، وَقُلْنَا: إِنَّ ذَلِكَ حَيْضٌ، فَيَقَعُ وَاحِدَةٌ فِي الطُّهْرِ الْأَوَّلِ وَهَلْ يَتَكَوَّرُ فِي الطُّهْرِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ؟ فِيهِ خِلَافٌ لِأَنَّ الْقُرْءَ مَا يَدُلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ، وَلَا دَلَالَةَ مَعَ الْحَمْلِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ أَيْسَةً، فَفِي وَقُوعِ وَاحِدٍ فِي الْحَالِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْقُرْءَ طَهْرٌ مُخْتَوِشٌ بِدَمَيْنِ، أَمْ الْإِنْتِقَالُ مِنَ الطُّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ قُرْءٌ أَيْضًا؟

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلشُّنَّةِ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّفْرِيقَ عَلَى الْأَقْرَاءِ، لَمْ يُقْبَلْ (و)؛ لِأَنَّهُ لَا شُئَّ عِنْدَنَا فِي التَّفْرِيقِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ: لِلشُّنَّةِ، ثُمَّ فُسِّرَ بِالتَّفْرِيقِ، فَهَلْ يُدَيَّنُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ عِنْدَ دُخُولِ الدَّارِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَرَدْتُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ^(١) وَكَذَا كُلُّ مَا يُخَوِّجُ إِلَى زِيَادَةِ تَفْسِيرٍ، أَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى التَّخْصِصِ، فَيُدَيَّنُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ خِلَافٌ (و) كَمَا لَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقٌ، ثُمَّ أَسْتَشْنِي وَاحِدَةً بَيْنَتِي، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَأَرَادَ الْبَعْضَ، أَمَّا إِذَا ظَهَرَتْ قَرِينَةٌ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْبَلُ؛ كَمَا لَوْ عَنَى بَيْنَتِي عِنْدَ مُعَايِنَةِ الزَّوْجَةِ الْحَاضِرَةِ إِثْبَاهَ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ^(٢)، ثُمَّ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَزَعَمَ أَنَّهُ مَا أَرَادَ الْحَاضِرَةَ، وَكَذَا إِنْ كَانَ يَحُلُّ وَثَاقًا عَنْهَا، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَتَوَيَّ ذَلِكَ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتُ زَيْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ شَهْرًا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ كَتَخْصِصٍ عُمُومٍ، وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يُدَيَّنُ فِي كُلِّ أَحْتِمَالٍ، وَإِنْ بَعْدَ، وَإِنَّمَا يُقْبَلُ فِي الظَّاهِرِ، إِذَا ظَهَرَ أَحْتِمَالُ اللَّفْظِ، أَوْ شَهِدَ لَهُ قَرِينَةٌ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي أَرْكَانِ الطَّلَاقِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ (الْأَوَّلُ: الْمُطْلَقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ، فَلَا يَنْفُذُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

(الرَّكْنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ)، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ: (الْأَوَّلُ) أَنَّ الصَّرِيحَ لَفْظُ الطَّلَاقِ، وَكَذَا لَفْظُ السَّرَاحِ (ح م و)^(٣)، وَالْفِرَاقِ (ح و)^(٤)، وَقَوْلُهُ: طَلَّقْتُ، وَأَنْتِ مُطْلَقَةٌ صَرِيحٌ، وَكَذَا كُلُّ مُشْتَقٍّ مِنَ الطَّلَاقِ دُونَ الْمُشْتَقِّ مِنَ الْإِطْلَاقِ (و م)؛ كَقَوْلِهِ: أَطْلَقْتُ، وَقَوْلُهُ: أَنْتِ الطَّلَاقُ، لَيْسَ بِصَرِيحٍ عَلَى الْأَصَحِّ (ح م) وَقَوْلُهُ: سَرَّخْتُكَ، أَوْ فَارَقْتُكَ، صَرِيحٌ (ح م و) أَمَّا الْأَسْمُ [كَالْمُطْلَقَةِ]^(٥) وَالْمُسْرَحَةُ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَعْنَى الطَّلَاقِ بِالْفَارِسِيَّةِ صَرِيحٌ (ح)، عَلَى الْأَصَحِّ، وَهُوَ قَوْلُهُ (تَوْهَشْتَهُ أَيْ)، وَفِي قَوْلِهِ (دَشْتِ بَا زِدِ اشْتَم) وَجْهَانِ، وَفِي قَوْلِهِ (كَسِيلُ كَرْدَمِ وَاز تَوْجَدِ اكْشْتَم) وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوَّلَى بِالْأَيْ يَكُونُ صَرِيحًا، وَكُلُّ لَفْظٍ شَاعَ فِي الْعُرْفِ، كَقَوْلِهِ: حَلَالُ اللَّهِ عَلَيَّ حَرَامٌ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالصَّرِيحِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(١) قال الرافعي: «وكذا لو قال: أردت إن شاء الله» الظاهر عند الأئمة أنه لا يدين في قوله: أردت إن شاء

الله، بخلاف الصورة السابقة. [ت]

(٢) في ط: كما لو عني بنيته نكاح جديدة.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) في أ: كالمفارقة.

(أَمَّا الْكِتَابَةُ)، فَهِيَ كُلُّ لَفْظٍ مُخْتَمِلٍ؛ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ خَلِيتُهُ، وَبَرَّيْتُ، وَبَائِنْتُ، وَبَنَلْتُ، وَأَعْتَدْتِي، وَأَسْتَبْرَيْتِي رَحِمَكَ، وَالْحَقِّي بِأَهْلِكَ، وَحَبْلَكَ عَلَى غَارِبِكَ، وَلَا أُنْذَهُ سَرْبِكَ، وَأَغْرَبِي، وَأَذْهَبِي، وَأَخْرِجِي، وَمَا أَشْبَهَهُ، وَأَخْفَى مِنْهُ قَوْلُهُ: تَجَرَّعِي، أَيْ: كَأَسَ الْفِرَاقِ، وَدُوقِي، وَتَزَوَّدِي، أَمَّا قَوْلُهُ: أَشْرَبِي، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَقَوْلُهُ: كُلِّي، أَبْعَدُ مِنْهُ، وَتَرَدَّدُوا فِي قَوْلِهِ: أَغْنَاكَ اللَّهُ، أَمَّا الَّذِي لَا يَخْتَمِلُ؛ كَقَوْلِهِ: أَقْعُدِي (و)، وَأَغْرَبِي، وَقَوْلِهِ: أَنْتِ حُرَّةٌ، وَمُعْتَقَّةٌ، كِنَايَةُ (ح) فِي الطَّلَاقِ؛ كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ كِنَايَةُ فِي الْعَتَاقِ [ح] ^(١)، أَمَّا لَفْظُ الظَّهَارِ وَالطَّلَاقِ كُلُّ وَاحِدٍ يَخْتَمِلُ الْآخَرَ، وَلَكِنْ لَا يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ؛ لِأَنَّ تَنْفِيزَهُ صَرِيحاً مُمَكِّنٌ فِي مَوْضُوعِهِ، وَلَوْ قَالَ لَغَيْرِ الْمَذْخُولِ بِهَا: أَغْنَدْتِي، وَنَوَى الطَّلَاقَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُتَعَرِّضَةٍ لِلْعُدَّةِ، وَلَوْ قَالَ لِرُؤُوسِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، فَإِنْ نَوَى الظَّهَارَ (م) أَوْ الطَّلَاقَ، كَانَ كَمَا نَوَى (و)، وَلَوْ نَوَى التَّحْرِيمَ، حُرِّمَتْ، وَلَزِمَتْهُ كِفَارَةٌ، وَلَوْ أَطْلَقَ، فَلَا ظَهَرَ أَنَّهُ يُوجِبُ (ح م) الْكِفَارَةَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَلْغُو (ح م)، لِتَعَارُضِ الْأَخْتِمَالِ.

وَقِيلَ: هُوَ صَرِيحٌ فِي [التَّحْرِيمِ فِي] ^(٢) مِلْكِ الْيَمِينِ، وَيَلْغُو فِي النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ.

وَالنِّيَّةُ فِي الْكِتَابَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعَ اللَّفْظِ لَا قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ، فَلَوْ أَقْتَرَنَ بِأَوَّلِ اللَّفْظِ دُونَ آخِرِهِ، نَفَذَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَقْتَرَنَ بِآخِرِهِ دُونَ أَوَّلِهِ، فَوَجْهَانِ، وَالْكِتَابَةُ لَا يَصِيرُ (ح) صَرِيحاً بِقَرِينَةِ الْغَضَبِ وَاللَّجَاجِ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي فِي الْفِعْلِ).

أَمَّا الْإِشَارَةُ الْمَفْهُمَةُ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الْآخِرَسِ فِي الطَّلَاقِ، وَالصَّرِيحُ مِنْهَا يَشْتَرِكُ فِي فَهْمِهَا الْكَافَّةُ، وَالْكِتَابَةُ مِنْهَا مَا يَنْطُنْ لِذِكْرِ بَعْضِ النَّاسِ، وَأَمَّا الْقَادِرُ، فَإِشَارَتُهُ لَا يَكُونُ صَرِيحاً أَضْلاً، وَهَلْ يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ خِلَافٌ مُرْتَبِّ عَلَى كُنْهِ الطَّلَاقِ مِنَ الْقَادِرِ عَلَى التُّطْقِ، وَهِيَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ أَضْلاً، لَكِنَّهَا كِنَايَةُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَلَغَوُ؛ عَلَى قَوْلٍ ^(٣)، وَهُوَ مِنَ الْحَاضِرِ لَغَوُ، وَمِنْ الْغَائِبِ كِنَايَةُ؛ عَلَى قَوْلٍ ثَالِثٍ لِلْعَادَةِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي الْعِتْقِ، وَالْإِبْرَاءِ، وَالْعَفْوِ، وَمَا لَا يَخْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ، أَمَّا الْبَيْعُ وَالْمُعَاوَضَاتُ، فَالْخِلَافُ فِيهِ مُرْتَبِّ، وَأَوَّلَى بِالْأُيُغْتَبَرُ، وَالنِّكَاحُ مُرْتَبِّ عَلَى الْبَيْعِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعَبُّدِ وَلِعُسْرِ أَطْلَاعِ الشَّاهِدِ عَلَى النِّيَّةِ؛ فَإِنَّهُ كِنَايَةُ، ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا، فَيَكْتُبُ؛ أَمَّا بَعْدُ، فَقَدْ زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْكَ، وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ، وَإِذَا بَلَغَهُ، فَيَقُولُ فِي الْحَالِ: قَبِلْتُ، أَوْ يَكْتُبُ عَلَى الْفَوْرِ (و) وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيِ الْإِيجَابِ، فَإِنْ أَشْهَدَ آخَرَيْنِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَتَبَ: زَوْجَتِي طَالِقٌ، وَقَرَأَ وَنَوَى، وَقَعَ، وَإِنْ قَرَأَ، وَقَالَ: قَصَدْتُ الْفِرَاءَةَ دُونَ الطَّلَاقِ، قُبِلَ فِي الظَّاهِرِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ يُدَيِّنُ، وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهَا: أَمَّا بَعْدُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى، وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَإِذَا قَالَ: إِذَا قَرَأْتَ

(١) سقط من ب.

(٢) في أ: الكفارة

(٣) قال الرافعي: «لكنها كناية على قول، ولغو على قول» قيل: هما وجهان. [ت]

كِتَابِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طُلِّقْتُ، إِذَا قَرَأْتُ، أَوْ قُرِئَ عَلَيْهَا (و)، إِنْ كَانَتْ أُمِّيَّةً، وَإِنْ كَانَتْ قَارِئَةً، فَقَرَأَ عَلَيْهَا غَيْرُهَا، لَمْ تُطْلَقْ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِذَا بَلَغَكَ الْكِتَابُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، قَبْلَهَا، وَقَدْ ائْتَمَحَى جَمِيعُ الْأَسْطُرِ، لَمْ يَقَعْ [و] ^(١)، وَإِنْ لَمْ يَنْمَحْ إِلَّا أَسْطُرُ الطَّلَاقِ، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَنْمَحْ إِلَّا الصَّدْرُ وَالتَّسْمِيَةُ دُونَ الْمَقَاصِدِ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ ائْتَمَحَى الْجَمِيعُ إِلَّا سَطْرَ الطَّلَاقِ، فَأَوَّلَى بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ سَقَطَ الْحَوَاشِي، دُونَ الْمَكْتُوبِ، وَقَعَ (و).

(الْفَضْلُ الثَّلَاثُ: فِي التَّفْوِيزِ)، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ، فَإِذَا قَالَتْ: طُلِّقْتُ، وَقَعَ، وَهُوَ تَمْلِيكَ، أَوْ تَوْكِيلٌ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ تَمْلِيكَ، لَمْ يَجْزِ لَهَا تَأْخِيرَ التَّطْلِيقِ؛ لِأَنَّهُ كَالْقَبُولِ وَإِنْ قُلْنَا: تَوْكِيلٌ، فَفِي جَوَازِ التَّأْخِيرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ رَجَعَ قَبْلَ تَطْلِيلِهَا، جَازَ (ح و)؛ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ؛ عَلَى قَوْلِ التَّمْلِيكِ.

فُرُوعُ:

أَحَدُهَا: لَوْ قَالَ: أَبِيني نَفْسَكَ، فَقَالَتْ: أَبْنْتُ، وَتَوَيَّا وَقَعَ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَّأ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَقَعْ [ح] ^(٢).

وَلَوْ قَالَ طَلَّقِي نَفْسَكَ، فَقَالَتْ أَبْنْتُ وَتَوْتُ، وَقَعَ (ح) وَقِيلَ لَا يَقَعُ لِمُخَالَفَةِ الْكِنَايَةِ الصَّرِيحِ. وَقِيلَ: ذَلِكَ يَجْرِي فِي تَوْكِيلِ الْأَجَنِيِّ أَيْضًا.

وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، طُلِّقَتْ رَجْعِيَّةً (ح م)، وَإِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَالْقَوْلُ فِي نِيَّةِ الْكِنَايَةِ قَوْلُ (و) النَّاوي.

(الثَّانِي): إِذَا قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ، وَتَوَى ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طُلِّقْتُ، وَلَمْ تَتَوَّ الْعَدَدَ، لَمْ يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةً (ح).

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ، وَإِنْ يَتَنَّهُ تُغْنِي عَنْ نِيَّتِهَا فِي الْعَدَدِ، وَإِنْ لَمْ تُغْنِ فِي أَصْلِ الطَّلَاقِ، وَهَذَا يَظْهَرُ إِذَا قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طُلِّقْتُ، وَلَا يَتَجِبُ إِذَا لَمْ يَتَلَفَّظْ بِالثَّلَاثِ.

(الثَّلَاثُ): لَوْ قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طُلِّقْتُ وَاحِدَةً، طُلِّقَتْ وَاحِدَةً (م)، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقِي وَاحِدَةً، وَطُلِّقْتُ ثَلَاثًا، وَقَعَتْ (ح) وَاحِدَةً.

(الرُّجْعُ [الثَّلَاثُ] ^(٣) لِلطَّلَاقِ: الْقَصْدُ). وَإِنَّمَا يُتَوَّهُمُ اخْتِلَالُهُ بِخَمْسَةِ أَسْبَابٍ:

(الْأَوَّلُ): سَبَقُ اللِّسَانِ، فَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى الطَّلَاقِ، لَمْ يَقَعْ طَلَّاقُهُ، وَلَوْ كَانَ اسْمُ زَوْجَتِهِ «طَالِقٌ» وَاسْمُ عَبْدِهِ «حُرٌّ» فَقَالَ: يَا طَالِقُ، وَيَا حُرُّ، لَمْ يُعْتَقَ، وَلَمْ تُطْلَقْ، إِنْ قَصَدَ الثَّدَاءَ، فَإِنْ

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ط: الثاني.

أَطْلَقَ، فَوَجَّهَانِ، لَتَرُدُّهُ بَيْنَ النَّدَاءِ وَالْإِنْشَاءِ، وَإِذَا كَانَ اسْمُ زَوْجَتِهِ «طَارِقَ»، فَقَالَ: يَا طَالِقُ، ثُمَّ قَالَ: أَلْتَفَتَ لِسَانِي، قَبْلَ ذَلِكَ ظَاهِرًا.

(الثَّانِي): الْهَزْلُ، وَلَا يُؤَثِّرُ ذَلِكَ فِي مَنَعِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَفِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ تَرَدُّدٌ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّ التَّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ مَعَ الْهَزْلِ.

(الثَّالِثُ: الْجَهْلُ)، فَإِذَا خَاطَبَ امْرَأَةً بِالطَّلَاقِ؛ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَةُ الْغَيْرِ، فَإِذَا هِيَ زَوْجَتُهُ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ، وَيَنْقَدِحُ أَلَّا يَقَعُ، وَالْأَعْجَمِيُّ إِذَا لَقِيَ لَفْظَ الطَّلَاقِ، وَهُوَ لَا يَفْهَمُهُ، لَمْ يَقَعُ، وَإِذَا بَاعَ مَالًا؛ عَلَى ظَنِّ [حَيَاةِ أَبِيهِ] ^(١) أَنَّهُ لَأَبِيهِ ^(٢)، فَإِذَا هُوَ مَيِّتٌ، فَفِي صِحَّتِهِ خِلَافٌ.

(الرَّابِعُ) الْإِكْرَاهُ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ إِلَّا إِسْلَامَ الْحَزْبِيِّ وَالْمُرْتَدَّ، وَفِي إِسْلَامِ الذَّمِّيِّ تَرَدُّدٌ [ح] ^(٣)، وَلَا يَقَعُ (ح) طَلَاقُ الْمُكْرَهِ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ دَلَالَةُ اخْتِيَارِهِ [ح] ^(٤)؛ بِأَنْ خَالَفَ الْمُكْرَهَ بِأَنْ أَكْرَهَهُ عَلَى طَلْفَةٍ وَاحِدَةٍ، فَطَلَّقَ ثَلَاثًا، أَوْ عَلَى طَلَاقِ زَوْجَةٍ، فَطَلَّقَ زَوْجَتَيْنِ، أَوْ عَلَى زَوْجَتَيْنِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَى ثَلَاثٍ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَى إِحْدَى زَوْجَتَيْنِ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مَعَيْنَةً، أَوْ تَرَكَ التَّوْرَةَ مَعَ (و) الْعِلْمِ بِهَا، وَالْأَغْيَافُ بِأَنَّهُ لَمْ يَدْهَشْ بِالْإِكْرَاهِ ^(٥)، أَوْ قَالَ الْمُكْرَهُ: قُلْ: طَلَّقْتُهَا، فَقَالَ: فَارْقَنْهَا، وَحَدُّ الْإِكْرَاهِ أَنْ يَصِيرَ مُضْطَرًّا إِلَى الْفِعْلِ، شَاءَ أَمْ أَبَى، كَالَّذِي يَفِرُّ مِنَ الْأَسَدِ فَيَتَخَطَّى النَّارَ وَالشَّوْكَ، وَذَلِكَ لَا يَخْصُلُ بِالتَّخْوِيفِ بِالْحَبْسِ وَالْجُوعِ وَأَمْنَالِهِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا يُشْتَرِطُ سُقُوطُ الْخِيَرَةِ وَالرَّوْيَةِ، بَلِ التَّخْوِيفُ بِالْحَبْسِ وَالْجُوعِ وَالضَّرْبِ وَمَا يَقْتَضِي الْعَقْلُ وَالْحَزْمُ إِبَاجَةَ الْمُكْرَهِ، حَدَرًا مِنْهُ، فَهُوَ إِكْرَاهٌ يَذْفَعُ الطَّلَاقَ؛ وَكَذَلِكَ تَخْوِيفُ ذَوِي الْمُرُوءَةِ بِالصَّفْعِ فِي الْمَلَأِ وَالتَّخْوِيفُ بِقَتْلِ الْوَلَدِ، نَعَمْ التَّخْوِيفُ بِإِثْلَافِ الْمَالِ لَا يُعَدُّ إِكْرَاهًا فِي الْقَتْلِ وَالطَّلَاقِ وَيُعَدُّ (و) إِكْرَاهًا فِي إِثْلَافِ الْمَالِ، وَالطَّرِيقَةُ الْأُولَى أَضْمٌ لِلنَّشْرِ، وَهَذِهِ أَوْسَعُ.

(الخَامِسُ): زَوَالُ الْعَقْلِ بِالْجُنُونِ، وَشُرْبُ الدَّوَاءِ (و) الْمُجَنَّنِ يَمْنَعُ نُفُوذَ التَّصَرُّفَاتِ، وَأَمَّا السَّكْرَانُ، فَيَقَعُ (م ز) طَلَاقُهُ فِي ظَاهِرِ التَّصَرُّفَاتِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ؛ حَتَّى فِي أَفْعَالِهِ.

وَقِيلَ: يَنْفُذُ أَفْعَالُهُ، وَالْقَوْلَانِ فِي التَّصَرُّفَاتِ.

وَقِيلَ: يَنْفُذُ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ وَحَدُّ السَّكْرَانِ أَنْ يُشْبِهَ الْمَجْنُونُ فِي الْاِخْتِلَاطِ، فَإِنْ سَقَطَ

(١) قال الرافعي: «وإذا باع مال أبيه على ظنِّ أنه حيٌّ إلى آخره» الخلاف قولان. [ت]

(٢) وقال أيضاً: «وإذا باع مالاً عن ظنِّ أنه لأبيه» المسألة المذكورة في البيع. [ت]

(٣) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٤) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٥) قال الرافعي: «أو ترك التورية مع العلم بها، والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه» هذا وجه، والأصح أنه لا يقع الطلاق بترك التورية، وإن لم يدهش بالإكراه. [ت]

كَالْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ، فَهُوَ كَالنَّائِمِ، فَلَا يَنْفُذُ (ز) مَا تَلَفَّظَ بِهِ^(١).

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْمَحَلُّ) وَهِيَ الْمَرْأَةُ فَلَوْ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى نِصْفِهَا، نَفَذَ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى عُضْوٍ مُعَيَّنٍ (ح)؛ كَالْيَدِ، وَالرَّأْسِ، وَالْكَبِدِ، وَالطَّحَالِ، نَفَذَ، وَإِنْ أَضَافَ إِلَى فَضْلَاتِ بَدَنِهَا؛ كَالرِّقِّ وَاللِّبَنِ وَالْمَنْبِيِّ، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَكَذَلِكَ إِلَى الْجَنِينِ، وَالْدَّمِ وَالشَّحْمِ كَالْفَضْلَاتِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى لَوْنِهَا وَحُسْنِهَا وَصِفَاتِهَا، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَالرُّوْحَ وَالْحَيَاةَ كَالْأَجْزَاءِ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَيَمِينُكَ طَالِقٌ، فَقَطَعْتُ، ثُمَّ دَخَلْتُ الدَّارَ، طَلَّقْتُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعَةِ الْيَمِينِ يَمِينُكَ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، كَمَا لَوْ قَالَ: ذَكَرْتُكَ أَوْ لِحْيَتُكَ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِإِدْعَامِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ، وَنَوَى، وَقَعَ (ح)، وَلَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَيْهَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، بَلْ يَكْفِي نِيَّةُ أَضْلِ الطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْتَبْرِءُ رَجَمِي مِنْكَ، فَلَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَقَوْلُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ: أَنَا مِنْكَ حُرٌّ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ، عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ:) الْوِلَايَةُ عَلَى الْمَحَلِّ، فَإِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعِ، وَلَمْ يَنْقُصِ الْعَدُّ، وَلَوْ قَالَ لِلرَّجُعِيَّةِ، وَقَعَ، وَلَوْ قَالَ لِلْمُخْتَلَعَةِ، لَمْ يَقَعِ (ح)، وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ نَكَحْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعِ (ح)، إِذَا نَكَحَهَا، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِرَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، ثُمَّ عَتَقَ، فَدَخَلْتُ الدَّارَ، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكِ الثَّلَاثَةَ عِنْدَ التَّغْلِيْقِ، لَكِنْ مَلَكَ النِّكَاحَ الْمُبِيحَ لَهُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ: إِذَا وَلَدْتُ، فَوَلَدُكَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْأَصْلَ، وَلَوْ قَالَ لِرَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ أَبَانَهَا، فَدَخَلْتُ، ثُمَّ نَكَحَهَا، فَدَخَلْتُ، لَمْ يَقَعِ (م) وَ^(٢) الطَّلَاقُ؛ لِانْحِلَالِ الْيَمِينِ بِالْذُّخُولِ الْأَوَّلِ، وَلَوْ لَمْ تَدْخُلْ؛ حَتَّى نَكَحَهَا، فَفِي وَقْعِ الطَّلَاقِ قَوْلًا عَوْدِ الْحِنْثِ، وَلَوْ أَسْتَوَفَى الثَّلَاثَ بِالتَّنْجِيزِ، لَمْ يَعُدِ الْحِنْثُ (و) فِي نِكَاحِ بَعْدِهِ، وَمَنْ طَلَّقَ طَلَقَةً، أَوْ طَلَقَتَيْنِ، قَبَانَتْ، وَوِطْنُهَا رَوْجٌ آخَرُ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ، عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الطَّلَاقِ (ح م) وَلَمْ يَنْهَدِمِ (ح) الطَّلَاقُ الْمَاضِي، وَإِنَّمَا يَنْهَدِمُ إِذَا نَكَحَتْ بَعْدَ الثَّلَاثِ زَوْجًا آخَرَ، وَالْحُرُّ يَمْلِكُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ (ح) وَ^(٣)، وَالْعَبْدُ يَمْلِكُ ثِنْتَيْنِ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ (ح) وَ^(٤)، فَلَوْ طَلَّقَ الذَّمِّيُّ طَلَقَتَيْنِ، ثُمَّ التَّحَقَّقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَأَسْتَرْقَ كَانَ [ح] وَ^(٥) لَهُ نِكَاحُ الْمُطَلَّغَةِ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ طَرَأَ الرَّقُّ، لَمْ يَمْلِكِ إِلَّا طَلَقَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ طَلَّقَ فِي الرَّقِّ طَلَقَتَيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ، لَمْ يَحِلَّ (و) لَهُ نِكَاحُهَا، وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَتَقَ، مَلَكَ طَلَقَتَيْنِ، وَالْقَوْلُ الصَّحِيحُ الْجَدِيدُ أَنَّ طَلَاقَ الْمَرِيضِ قَاطِعٌ (ح)

(١) قال الرافعي: «فإن سقط كالْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ فهو كالنائم فلا ينفذ ما تلفظ به» الأوفق لإطلاق الأكثرين أنه على

الخلافاً السابق. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من أ.

(و) ^(١) لِلْمِيرَاثِ؛ كَطَّلَاقِ الصَّخِيحِ، فَلَا مَعْنَى لِتَطْوِيلِ التَّفْرِيعِ؛ عَلَى الْقَوْلِ الضَّعِيفِ.

(البَابُ الثَّالِثُ: فِي تَعْدِيدِ الطَّلَاقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ)

(الْأَوَّلُ فِي نِيَّةِ الْعَدَدِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ طَلَقْتُكَ، وَنَوَى، عَدَدًا، نَفَذَ (ح) مَا نَوَاهُ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وَنَوَى الثَّلَاثَ، لَمْ يَقَعْ الْعَدَدُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْأَوْجُهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ وَاحِدَةً، وَنَوَى تَوَحُّدَهَا بِالْبَيِّنُونَةِ الْكُبْرَى، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَلَكِنْ وَقَعَ قَوْلُهُ: ثَلَاثًا، بَعْدَ مَوْنِهَا، وَقَعَ الثَّلَاثُ (ح)، فِي وَجْهِ، لِأَنَّ الثَّلَاثَ كَالْتَفْسِيرِ، وَوَقَعَتْ (ح) وَاحِدَةً فِي وَجْهِ (و)، وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ فِي وَجْهِ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّكْرَارِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى التَّأْكِيدَ، لَمْ يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةً، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ، وَقَعَ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَيُحْمَلُ عَلَى التَّأْكِيدِ أَوْ التَّكْرِيرِ. فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ، وَبِالثَّانِيَةِ الْإِبْقَاعَ، وَقَعَتْ نِثْنَانِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الْأُولَى، لَمْ يَجُزْ (و)، لِتَحْلُلِ الْفَاصِلِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَقَصَدَ بِالثَّانِي تَأْكِيدَ الْأُولَى، لَمْ يَجُزْ؛ لِتَحْلُلِ الْوَاوِ، وَلَوْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، فَطَالِقٌ، لَمْ يَصِحَّ التَّأْكِيدُ أَصْلًا؛ لِلتَّغَايُرِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، بَلْ طَالِقٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْفَةٌ فَطَلْفَةٌ، نَصَرَّ عَلَى وَفُوعِ اثْنَتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ ذَرَهُمَ، فِذَرَهُمَ، لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا ذَرَهُمَ وَاحِدًا. لِأَنَّ التَّكْرَارَ يَلِيْقُ بِالْأَخْبَارِ، دُونَ الْإِنْشَاءِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْفَةٌ، بَلْ طَلَقْتَيْنِ، وَقَعَ الثَّلَاثُ، وَلَوْ قَالَ: ذَرَهُمَ بَلْ ذَرَهُمَانِ، لَمْ يَلْزَمْ إِلَّا ذَرَهُمَانِ، وَكُلُّ ذَلِكَ فِي الْمَذْخُولِ بِهَا، فَأَمَّا غَيْرُ الْمَذْخُولِ بِهَا، فَتَبَيَّنَ بِالْأُولَى، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْفَةٌ مَعَ طَلْفَةٍ، أَوْ مَعَهَا طَلْفَةٌ، أَوْ تَحْتَ طَلْفَةٍ، أَوْ فَوْقَ طَلْفَةٍ، وَقَعَتْ نِثْنَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ؛ وَكَذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ [معا] ^(٢)، وَقَعَتْ وَاحِدَةً (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، وَقَعَتْ اثْنَتَانِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْفَةٌ قَبْلَ طَلْفَةٍ، أَوْ قَبْلَهَا طَلْفَةٌ، وَقَعَتْ اثْنَتَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ (و)، وَقَبْلَ الدُّخُولِ تَقَعُ (ح) وَاحِدَةً؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَقَعُ شَيْءٌ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِاسْتِحَالَةِ طَّلَاقِ مَوْصُوفٍ بِالْقَبِيلَةِ.

(الْفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي الطَّلَاقِ بِالْحِسَابِ)، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ:

(الْأَوَّلُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فِي اثْنَتَيْنِ، وَأَرَادَ الْحِسَابَ، كَانَ كَمَا نَوَى، وَإِنْ أَرَادَ الظَّرْفَ، قَبِلَ، وَلَمْ يَقَعْ مَا جَعَلَهُ ظَرْفًا، وَإِنْ أَرَادَ الْجَمْعَ، وَقَعَ، وَكَانَ فِي مَعْنَى «مَعَ»، وَإِنْ أَطْلَقَ،

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَفْهَمُ الْحِسَابَ، حُمِلَ عَلَى الظَّرْفِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَفْهَمُ الْحِسَابَ، وَلَكِنْ لَمْ يَقْصِدْهُ
الآنَ، فَيُحْمَلُ عَلَى الظَّرْفِ أَوْ الْحِسَابِ، فِيهِ قَوْلَانِ، وَالْجَاهِلُ بِالْحِسَابِ، إِذَا قَالَ: أَرَدْتُ مَا يُرِيدُهُ
الْحِسَابُ، لَمْ يَقْبَلْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُ مِثْلَ مَا طَلَّقَ زَيْدٌ، وَهُوَ لَا يَدْرِي
عَدَدَهُ، لَمْ تُؤْثَرِ نِيَّتُهُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِتَعَدُّرِ إِرَادَةِ مَا لَمْ يَعْلَمْ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي: فِي التَّجْزِئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَةٍ، أَوْ رُبْعَ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ طَلْقَةٌ
وَاحِدَةٌ، وَكَمُلَ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثَةَ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ، أَوْ أَرْبَعَةَ أَثْلَافِ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ؛ عَلَى وَجْهِ،
وَتَقَعُ ثِنْتَانِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِزِيَادَةِ الْأَجْزَاءِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ، أَوْ نِصْفِي طَلْقَةٍ،
وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَقِيلَ: يَقَعُ ثِنْتَانِ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثُ وَرُبْعٌ وَسُدُسٌ طَلْقَةٍ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثُ طَلْقَةٍ
وَرُبْعُ طَلْقَةٍ وَسُدُسٌ طَلْقَةٍ، فَهِيَ أَيْضاً طَلْقَةٌ.

وَقِيلَ: هِيَ ثَلَاثٌ^(١) طَلْقَاتٍ.

(الْقِسْمُ الثَّلَاثُ فِي الْأَشْتِرَاكِ): فَإِذَا قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: أَوْفَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ
طَلْقَةً؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا، فَإِنْ أَوْفَعَ خَمْسَ طَلْقَاتٍ، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ طَلْقَتَيْنِ،
فَإِنْ أَوْفَعَ تِسْعَ طَلْقَاتٍ، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثًا، وَإِنْ قَالَ: أَوْفَعْتُ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً فَطَلْقَةٌ لِلْأَشْتِرَاكِ، فَإِنْ
خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ، فَنِيَّتُهُ لَا تُقْبَلُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْفَعْتُ بَيْنَكُنَّ أَرْبَعَ طَلْقَاتٍ، ثُمَّ
خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ؛ حَتَّى يَتَعَطَّلَ الرَّابِعَةُ، لَمْ يَقْبَلْ؛ عَلَى وَجْهِ، وَإِنْ قِيلَ التَّخْصِصُ فِي الثَّلَاثِ، وَلَوْ
قَالَ لِثَلَاثٍ: أَوْفَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، وَقَالَ لِلرَّابِعَةِ: أَشْرَكْتُكِ مَعَهُنَّ، وَتَوَى الطَّلَاقَ، وَقَعَتْ عَلَى
الرَّابِعَةِ وَاحِدَةٌ.

وَقِيلَ: تَقَعُ ثِنْتَانِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ عَلَى نِصْفِ الثَّلَاثِ، وَهِيَ طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ.

(الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي الْأَسْتِثْنَاءِ)

فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعِ ثِنْتَانِ، وَشَرَطُ الْأَسْتِثْنَاءِ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا، وَالظَّاهِرُ:
أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ قَضَاهُ مُقْتَرِنًا بِاللَّفْظِ، فَلَوْ بَدَأَ لَهُ عَقِيبَ اللَّفْظِ الْأَسْتِثْنَاءُ، لَمْ يَجْزُ، وَشَرَطُهُ أَلَّا
يَكُونَ مُسْتَعْرِقًا، وَفِيهِ فَضْلَانِ:

(الْأَوَّلُ: فِي الْمُسْتَعْرِقِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الْأُولَى): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا، وَقَعِ الثَّلَاثُ؛ لِإِبْطَالِ الْأَسْتِثْنَاءِ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا
إِلَّا ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً، فَفِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ يُجْمَعُ مَا فَرَّقَهُ وَيُجْعَلُ مُسْتَعْرِقًا، وَفِي الثَّانِي يُخَصَّصُ الْإِبْطَالُ

(١) قال الراعي: «ولو قال: ثلاث طلاقة وربيع طلاقة وسدس طلاقة فهي أيضاً طلاقة، وقيل هي ثلاث» النظم
يرجع الأول، والأصح الثاني. [ت]

بِالْوَاحِدَةِ، إِذْ بِهَا يَقَعُ الْأَسْتِغْرَاقُ؛ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ يُبْتَنَى (و) قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقْتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً، فَإِنَّهُ إِنْ جُمِعَ الْمُسْتَنْتَى عَنْهُ، لَمْ يَكُنْ مُسْتِغْرَقًا؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوُجْهِينِ.

(الثَّانِيَةُ): الْأَسْتِثْنَاءُ مِنَ النَّفْيِ إِبْتِثَاتٌ، وَمِنْ الْإِبْتِثَاتِ نَفْيٌ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعَ ثِنْتَانِ؛ مَعْنَاهُ: إِلَّا ثِنْتَيْنِ لَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً، مِنَ الثَّنَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ؛ [وَقِيلَ تَقَعُ وَاحِدَةً^(١)] لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنِ الْأَسْتِغْرَاقِ؛ بِقَوْلِهِ إِلَّا وَاحِدَةً. وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ خَمْسًا إِلَّا ثَلَاثًا، وَقَعَ ثِنْتَانِ.

وَقِيلَ: الرِّبَادَةُ تُلْعَوُ؛ فَيَبْقَى الْأَسْتِثْنَاءُ مُسْتِغْرَقًا؛ وَعَلَى هَذَا، لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَرْبَعًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً (و)، وَعَلَى الْأَوَّلِ، تَقَعُ اثْنَتَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا نِصْفَ طَلْقَةٍ، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ لِأَنَّهُ أَبْقَى النِّصْفَ، فَيَكْمُلُ، وَقِيلَ: أَسْتِثْنَاءُ النِّصْفِ كَأَسْتِثْنَاءِ الْوَاحِدِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْلِيْقِ بِالْمَشِيئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَمْ يَقَعْ (م)^(٢)؛ لِأَنَّهُ لَا يَذَرِي؛ أَنَّهُ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى أَمْ لَا؛ وَكَذَلِكَ فِي الْعِنْتِ (م)، وَنَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَا يَكُونُ مَظَاهِرًا، وَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ هَذَا الْقَوْلِ فِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، يَقَعُ فِي الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ لَا يَخْتَمِلُ الْأَسْتِثْنَاءَ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً يَقُولُ: «يَا طَالِقُ»، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، يَا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَيَكُونُ قَوْلُهُ: «يَا طَالِقُ» وَضْفًا بِالثَّلَاثِ، فَيَرْجِعُ الْأَسْتِثْنَاءُ إِلَى الثَّلَاثِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقُ، إِنْ لَمْ يَشَأْ اللَّهُ، أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَأَ اللَّهُ، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لِلْجَهْلِ بِالْمَشِيئَةِ؛ وَلِأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ الْوُقُوعُ عَلَى خِلَافِ الْمَشِيئَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ وَصَفَهُ بِمَحَالٍ، فَيَلْعَوُ وَيَقَعُ (ج)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقُ، إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ زَيْدٌ الدَّارَ، لَمْ يَقَعْ إِلَّا إِذَا مَاتَ زَيْدٌ قَبْلَ الدَّخُولِ، فَيَبْتَنَى وَقُوعُهُ أَوَّلًا، فَلَوْ شَكَّ فِي دُخُولِهِ، فَقِيلَ: إِنَّهُ يَقَعُ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِثْنَاءَ صَارَ مَشْكُوكًا فِيهِ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الدَّخُولِ مُعَلَّقٌ عَلَيْهِ، وَصَارَ مَشْكُوكًا فِيهِ.

(البَابُ الْخَامِسُ: فِي الشَّكِّ فِي الطَّلَاقِ)

فَإِذَا شَكَّ، هَلْ طَلَّقَ أَمْ لَا؟ فَالْأَصْلُ عَدَمُ الطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَابًا، فَأَمْرَأَتِي طَالِقٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا، فَأَمْرَأَتِي طَالِقٌ، وَأَشْكَلُ، لَمْ تَحْرُمَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَتَهُ،

(١) سقط من ط.

(٢) قال الراجعي: «ولو قال: أنت طالق ثلاثا يا طالق إن شاء الله لم يقع شيء» هذا وجه، والأشبه بالترجيح وقوع طلقه لقوله: يا طالق. [ت] هكذا بالأصول المعتمد عليها من التذنيب.

وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ إِنْ كَانَ غُرَابًا، فَزَيْنَبُ طَالِقٌ، وَإِلَّا فَعَمْرَةُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْهُمَا، وَلَوْ جَرَى مِنْ شَخْصَيْنِ فِي عَبْدَيْنِ، تَصَرُّفًا فِيهِمَا، فَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْعَبْدَ الْآخَرَ، صَارَ مَخْجُورًا فِيهِمَا.

وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ لِلْحَجَرِ الْمُشْتَرَى، وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا، وَنَسِيَ، فَعَلَيْهِ التَّوَقُّفُ إِلَى التَّدَكُّرِ، وَلَوْ قَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَخَاطَبَ زَوْجَتَهُ وَأَجَنِّيَّةً، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الْأَجَنِّيَّةَ، قُبِلَ؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَاطَبَ بِهِ زَوْجَتَهُ، لَزِمَهُ (م) التَّعْيِينُ عَلَى الْقَوْرِ، وَعَصَى، بِالتَّأْخِيرِ، وَعَلَيْهِ تَفَقُّهُمَا إِلَى الْبَيَانِ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ أَوْ بِالتَّعْيِينِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَعَلَيْهِمَا يَنْتَبِي وَقْتُ اخْتِسَابِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا، وَقُلْنَا: يَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ، كَانَ تَعْيِينًا، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّعْيِينِ، لَمْ يُؤْثِرِ الْوُطْءُ، وَلَوْ مَاتَتَا (وَح) لَمْ تَنْقُطِ الْمُطَالَبَةُ بِالتَّعْيِينِ لِأَجْلِ الْمِيرَاثِ، وَلَكِنْ إِنْ قُلْنَا: يَقَعُ بِالتَّعْيِينِ، فَيَتَبَيَّنُ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَوْتِ؛ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، أَوْ عِنْدَ الْإِبْهَامِ لِلضَّرُورَةِ، فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ هَذِهِ، بَلْ هَذِهِ، كَانَ إِقْرَارًا بِهِمَا، وَلَوْ قَالَ: عَيَّنْتُ هَذِهِ وَهَذِهِ، تَعَيَّنَتِ الْأُولَى، وَلَوْ قَالَتْ فِي مَسْأَلَةِ الْغُرَابِ: كَانَ غُرَابًا، وَأَنَا طَالِقٌ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْبَثِّ؛ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا أَوْ يَنْكُلْ، وَلَا يَكْفِيهِ الْيَمِينُ، لَا عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَلَا عَلَى النَّسْيَانِ، وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ، وَمَاتَتَا، فَهَلْ لِلْوَارِثِ التَّعْيِينُ؛ لِأَجْلِ الْمِيرَاثِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّلَاثِ؛ لَهُ أَنْ يَقُولَ «أَرَادَ الزَّوْجُ هَذِهِ»، وَلَيْسَ لَهُ إِنْشَاءُ التَّعْيِينِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَابًا، فَعَبْدِي حُرٌّ، وَإِلَّا فَزَوْجَتِي طَالِقٌ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، فَفِي وَجْهِ؛ يُعَيَّنُ الْوَارِثُ، وَفِي وَجْهِ؛ تُفْرَغُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ تَعْمَلُ فِي الْعِتْقِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى الْعَبْدِ، عَتَقَ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الْمَرْأَةِ، لَمْ تُطْلَقْ؛ إِذْ لَا أَثَرَ لِلْقُرْعَةِ فِي الطَّلَاقِ، وَهَلْ يَرِيقُ الْعَبْدُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الشَّطْرُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ: فِي التَّعْلِيقاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ وَفُرُوعٌ:)

(الفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي التَّعْلِيْقِ بِالْأَوْقَاتِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ، طُلِّقْتَ عِنْدَ اسْتِهْلَالِ الْهَلَالِ (ح)، وَلَوْ قَالَ: فِي يَوْمِ السَّبْتِ، فَعِنْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ، وَلَوْ قَالَ: آخِرَ شَهْرِ رَمَضَانَ، فَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْهُ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ أَوَّلُ النِّصْفِ الْآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: أَوَّلَ آخِرِ الشَّهْرِ، فَهُوَ أَوَّلُ الْيَوْمِ الْآخِرِ.

وَقِيلَ: أَوَّلُ النِّصْفِ الْآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: آخِرَ الْأَوَّلِ، فَهُوَ آخِرُ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ.

وَقِيلَ: آخِرَ اللَّيْلَةِ الْأُولَى.

وَقِيلَ: آخِرَ النِّصْفِ الْأَوَّلِ.

وَلَوْ قَالَ: فِي سَلَخِ الشَّهْرِ، فَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنَ الشَّهْرِ.

وَقِيلَ: أَوَّلُ الْيَوْمِ الْآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: بِاللَّيْلِ: إِذَا مَضَى يَوْمٌ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَتَطَلَّقِي آخِرَ الْعَدِّ، وَلَوْ قَالَ: بِالنَّهَارِ، فَإِذَا عَادَ إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ السَّنَةُ، فَعِنْدَ أَوَّلِ هَلَالِ الْمُحَرَّمِ، وَإِنْ كَانَ قَرِيباً، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ، فَإِلَى مُضِيِّ اثْنَيْ عَشَرَ شَهْراً، وَالشَّهْرُ الْأَوَّلُ الْمِنْكَسِرُ يُكْمَلُ ثَلَاثِينَ يَوْماً مِنَ الْآخِرِ، وَيُخْتَسَبُ (ح) أَحَدُ عَشَرَ شَهْراً بِالْأَهْلِ بَعْدَهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِالْأَمْسِ، لَمْ يُسْتَنَّ إِلَى الْأَمْسِ، وَيَقَعُ فِي الْحَالِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ الْآنَ طَلَاقاً يَنْعَكِسُ حُكْمُهُ إِلَى الْمَاضِي، نَفَذَ فِي الْحَالِ، وَلَمْ يَنْعَكِسْ.

وَقِيلَ: يَلْغُو؛ لِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ طِرْتُ أَوْ صَعِدْتُ إِلَى السَّمَاءِ، أَوْ أَحْيَيْتُ مَيِّتاً.

وَقِيلَ فِي التَّعْلِيْقِ بِالصُّعُودِ وَالْإِحْيَاءِ: إِنَّهُ أَيْضاً يَقَعُ (و).

وَقِيلَ فِي الْإِحْيَاءِ: «يَقَعُ» دُونَ الصُّعُودِ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِ فُلَانٍ بِشَهْرٍ، أَوْ قَبْلَ قُدُومِهِ، ثُمَّ مَاتَ، أَوْ قَدِمَ بَعْدَ أَكْثَرِ مِنْ شَهْرٍ، تَبَيَّنَ (و) وَفُورُ الطَّلَاقِ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسَ غَدًا، أَوْ غَدًا أَمْسَ، وَقَعَ الْيَوْمَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي الشَّهْرِ الْمَاضِي، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ طَلْقَ رَجْعِيَّةٍ، أَوْ قَعْنَهَا بِالْأَمْسِ، قُبِلَ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ زَوْجاً آخَرَ طَلَّقَهَا، أَوْ طَلَّقْتُهَا، وَأَبْنَيْتَهَا، ثُمَّ جَدَّدْتُ النِّكَاحَ، لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فِي كُلِّ سَنَةٍ طَلْقَةً، طُلِّقْتَ طَلْقَةً وَاحِدَةً فِي الْحَالِ، وَالثَّانِيَةُ أَوَّلُ الْمُحَرَّمِ، إِنْ أَرَادَ السَّنِينَ الْعَرَبِيَّةَ، وَإِلَّا فَإِلَى أَنْ تَنْقَضِيَ سَنَةٌ كَامِلَةٌ.

وَلَوْ قَالَ: فِي كُلِّ يَوْمٍ طَلْقَةً، طُلِّقْتَ فِي الْحَالِ طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَالثَّانِيَةُ صَبِيحَةُ الْعَدِّ، فَإِنْ قَالَ:

أَرَدْتُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ كُلِّ طَلْقَتَيْنِ يَوْمٌ، فَيُدَيِّنُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفصل الثاني: في التعليق بالتطليق ونفيه)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتُكَ، أَوْ «إِذَا»، أَوْ «مَهْمَا»، أَوْ مَتَى مَا طَلَّقْتُكَ، فَأَنْتَ طَالِقٌ، فَإِذَا طَلَّقَهَا طَلَّقْتَ طَلْقَتَيْنِ، بَعْدَ الدُّخُولِ، وَطَلْقَةً قَبْلَ الدُّخُولِ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ يُصَادِفُ حَالَ الْبَيِّنَةِ وَكَذَلِكَ إِذَا خَالَعَهَا وَلَيْسَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْجَزَاءَ يَتَأَخَّرُ عَنِ الشَّرْطِ، وَلَكِنْ ذَلِكَ لِلْمُضَادَّةِ، وَإِنْ عَلَّقَ طَلَّاقَهَا عَلَى صِفَةٍ، وَوُجِدَتْ، فَهُوَ تَطْلِيقٌ، وَمُجَرَّدُ الصَّفَةِ لَيْسَ بِإِقَاعًا، وَهُوَ وَقُوعٌ، وَمُجَرَّدُ التَّغْلِيقِ لَيْسَ بِإِقَاعٍ وَلَا وَقُوعٍ، وَلَوْ قَالَ، وَلَهُ أَزْبَعُ نِسْوَةٍ إِذَا طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، فَعَبْدٌ مِنْ عِبِيدِي حُرٌّ، وَإِنْ طَلَّقْتُ اثْنَتَيْنِ، فَعَبْدَانِ، وَإِنْ طَلَّقْتُ ثَلَاثًا، فَثَلَاثَةُ أَعْبِدَ، وَإِنْ طَلَّقْتُ أَرْبَعًا، فَأَرْبَعَةُ أَعْبِدَ، ثُمَّ طَلَّقَ الْأَرْبَعَ، عَتَقَ عَشْرَةَ أَعْبِدَ؛ لِأَنَّهُ حِنْثٌ فِي الْإِيمَانِ الْأَرْبَعَةَ، وَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا بَدَّلَ إِنْ عَتَقَ خَمْسَةَ عَشَرَ عَبْدًا؛ لِأَنَّ فِي الْأَرْبَعَةِ أَرْبَعَةَ أَحَادٍ، وَاثْنَتَيْنِ مَرَّتَيْنِ، وَثَلَاثَةَ مَرَّةً، وَأَرْبَعَةَ مَرَّةً.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُطَلِّقْ، فَأَنْتَ طَالِقٌ، فَإِنَّمَا يَبَيِّنُ عَدَمَ الطَّلَاقِ لِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَبَيَّنُ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا لَمْ أُطَلِّقْ، فَأَنْتَ طَالِقٌ، طَلَّقْتُ، إِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا، عَلَى الْفَوْرِ.

وَقِيلَ فِي لُزُومِ الْفَوْرِ قَوْلَانِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَحَيْثُ لَا يُغْتَبَرُ الْفَوْرُ يَحْضُلُ الْيَأْسُ بِجُنُونٍ مُتَّصِلٍ بِالْمَوْتِ، وَلَكِنْ تَوَهَّمَ الْإِفَاقَةَ يَمْنَعُ الطَّلَاقَ، فَإِذَا مَاتَ مَجْنُونًا، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْجُنُونِ، وَلَوْ أَنْفَسَخَ النِّكَاحَ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ تَجْدِيدِ نِكَاحٍ وَطَّلَاقٍ، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْإِنْفِسَاحِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، فَيُؤَدِّي تَقْدُّمُهُ عَلَى الْإِنْفِسَاحِ إِلَى الدَّوْرِ، وَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الْفَسْخِ، وَطَلَّقَهَا، فَقَدْ حَصَلَ الْبُرْ، وَإِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَجَوَزْنَا عَوْدَ الْحِنْثِ، طَلَّقْتُ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي قَبْلَ الْمَوْتِ، وَإِنْ لَمْ تَرَوْا عَوْدَ الْحِنْثِ، وَجَبَ إِسْنَادُ الطَّلَاقِ إِلَى مَا قَبْلَ الْفَسْخِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُطَلِّقْ، أَوْ إِنْ طَلَّقْتُكَ، فَأَنْتَ طَالِقٌ، فَهَذَا لِلتَّغْلِيلِ؛ فَيَقَعُ فِي الْحَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَعْرِفِ اللَّغَةَ، فَهُوَ تَغْلِيقٌ.

(الفصل الثالث: في التعليق بالحمل والولادة)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأولى): إِذَا قَالَ: إِنْ كُنْتُ حَامِلًا، فَأَنْتَ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ فِي الْحَالِ؛ لِلشَّكِّ، لَكِنْ إِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لَأَقَلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَلَا، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا، فَقَوْلَانِ.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحْزُمُ فِي الْحَالِ؛ كَمَسْأَلَةِ الْغُرَابِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَحْزُمُ إِلَى أَنْ يَسْتَبْرِكَهَا بِقُرْءٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَبِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَبِالْأَشْهُرِ؛ فِي حَقِّ الصَّبِيَّةِ الْمُرَاهِقَةِ (و).

وَفِي حَقِّ الْإِسَةِ، هَلْ يُكْتَفَى بِالْإِيَّاسِ دَلَالَةً فِيهِ خِلَافٌ.

(الثانية): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتُ حَامِلًا، فَحُكْمُهُ مَا سَبَقَ، وَلَكِنْ عَلَى الْعَكْسِ؛ فَحَيْثُ يَقَعُ فِي

الحمل، لَا يَقَعُ هَهُنَا، وَالتَّخْرِيمُ أَوَّلَى فِي الْحَيْالِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْحَيْالُ، وَلَوْ أَنْقَضْتَ الْأَفْرَاءَ، وَقَعَ الطَّلَاقُ، لِظُهُورِ الْحَيْالِ، وَيَحْتَمِلُ (و) أَلَّا يَقَعَ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْيَقِينَ، وَالصَّفَةُ لَا بُدَّ مِنْ اسْتِيفَانِهَا.

(الثالثة): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتُ حَامِلًا بِذَكَرٍ، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةً، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا بِأُنْثَى، فَطَلَقْتَيْنِ، فَوَلَدْتَ ذَكَرًا وَأُنْثَى، وَقَعْتَ ثَلَاثًا، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكَ كَذَا وَكَذَا، لَمْ تُطَلَّقْ لِأَنَّهُ يَخُصُّ الْجِنْسَ، وَإِنْ أَنْتِ بِذَكَرَيْنِ، قِيلَ: طُلِّقْتَ وَاحِدَةً.

وَقِيلَ: لَا؛ لِأَنَّ التَّنْكِيرَ لِلتَّوْحِيدِ.

(الرابعة): لَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتَ وَلَدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَوَلَدْتَ وَلَدَيْنِ، طُلِّقْتَ بِالْأَوَّلِ، وَأَنْقَضْتَ (م) عِدَّتُهَا بِالثَّانِي، فَلَوْ قَالَ: «كُلَّمَا وَلَدْتَ وَلَدًا، لَمْ تُطَلَّقْ بِالثَّانِي فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، لِأَنَّهُ طَلَاقٌ قَارَنَ أَنْقِضَاءَ الْعِدَّةِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتَ وَلَدًا، فَطَلَقَةً^(١)، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا، فَطَلَقْتَيْنِ، فَوَلَدْتَ غُلَامًا، طُلِّقْتَ ثَلَاثًا؛ لِلْحِنْثِ فِي الْيَمِينِ، وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ حَوَامِلَ: كُلَّمَا وَلَدْتَ وَاحِدَةً، فَصَوَّاجِبَاتُهَا طَوَالِقٌ، فَوَلَدْنَ عَلَى تَعَاقُبٍ وَتَقَارُبٍ، طُلِّقَتِ الْأَوَّلَى وَالرَّابِعَةُ ثَلَاثًا، وَطُلِّقَتِ الثَّانِيَةُ وَاحِدَةً، وَطُلِّقَتِ الثَّالِثَةُ طَلَقَتَيْنِ، فَيُلْتَمَسُ إِلَى عَدَدِ صَاحِبَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ، وَإِلَى أَنْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِوَلَادَتِهَا.

(الفصل الرابع في التعليق بالخِضِ)، فَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْ حَيْضَةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طُلِّقَتْ بِتِمَامِ الْحَيْضَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْ، طُلِّقَتْ إِذَا مَضَى يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ مِنْ أَوَّلِ الْخِضِ، لَكِنْ بِطَرِيقِ التَّبْيِينِ.

وَقِيلَ: تُطَلَّقُ بِأَوَّلِ الْخِضِ؛ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ.

وَلَوْ قَالَ لِلْحَائِضِ: إِنْ حِضَّتْ، فَلَا تُطَلَّقُ إِلَّا بِحَيْضَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا، وَفِي إِضْمَارِهَا الْبَعْضُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بَاطِنٌ، لَا فِي دُخُولِهَا، وَفِي سَائِرِ أَعْمَالِهَا، وَفِي زَنَاهَا وَوَلَادَتِهَا خِلَافٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْ، فَضَرَّتْكِ طَالِقٌ، لَمْ يُقْبَلْ يَمِينُهَا فِي حَقِّ الضَّرَةِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْمَا جَمِيعًا، فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، وَصَدَّقَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى، طُلِّقَتِ الْمُكَذَّبَةُ دُونَ الْمُصَدِّقَةِ؛ لِأَنَّ الْمُكَذَّبَةَ ثَبَتَ حَيْضُ ضَرَّتِهَا فِي حَقِّهَا بِتَصَدِيقِ الزَّوْجِ وَحَيْضِهَا؛ بِمَجَرَّدِ قَوْلِهَا، وَأَمَّا الْمُصَدِّقَةُ، فَلَمْ يَثْبُتْ حَيْضُ ضَرَّتِهَا؛ مَعَ تَكْذِيبِ الزَّوْجِ فِي حَقِّهَا، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لِأَرْبَعٍ، ثُمَّ صَدَّقَ اثْنَتَيْنِ فَقَطْ، لَمْ تُطَلَّقْ وَاحِدَةً، وَإِنْ صَدَّقَ ثَلَاثًا، طُلِّقَتِ الْمُكَذَّبَةُ.

(الفصل الخامس: في التعليق بِالمَشِيَّةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتَ، فَقَالَتْ فِي الْحَالِ: شِئْتُ، طُلِّقَتْ، وَإِنْ قَالَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، لَمْ تُطَلَّقْ (و)، وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيٍّ: إِنْ شِئْتَ، فَزَوَّجْتِي طَالِقٌ، فَفِي جُوبِ الْفَوْرِ خِلَافٌ (ح م) وَكَذَلِكَ إِذَا عَلَّقَ عَلَى مَشِيَّةِ زَوْجَتِهِ الْغَائِبَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ شِئْتَ، وَشَاءَ أَبُوكَ، فَهَلْ يُعْتَبَرُ الْفَوْرُ فِي مَشِيَّةِ أَبِيهَا؟ وَجَهَانٌ، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ، لَمْ تُطَلَّقْ (ز) إِذَا الْمَشِيَّةُ لَا تُعْلَقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ وَاحِدَةً، فَشَاءَ أَبُوهَا وَاحِدَةً، لَمْ تُطَلَّقْ

(١) في أ: فطلقة واحدة.

(و) أَضْلًا.

وَقِيلَ: تُطَلِّقُ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَتْ: شَيْئًا، وَهِيَ كَارِهَةٌ بَاطِنًا، طُلِّقَتْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَتْ الصَّبِيَّةُ: شَيْئًا، فَوَجْهَانِ، وَلَا نَظَرَ [لِقَبُولِ] ^(١) الْمَجْنُونَةِ.

(الْفَضْلُ السَّادِسُ: فِي مَسَائِلِ الدَّوْرِ)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا، أَنْحَسَمَ بَابُ الطَّلَاقِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: إِذَا نَجَزَ وَاحِدَةً، وَقَعَتْ تِلْكَ الْوَاحِدَةُ.

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ، إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ.

وَمِنَ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ الْكَيْثُ أَوْ ظَاهَرْتُ أَوْ رَاجَعْتُ، أَوْ فَسَخْتُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ وَطْئًا مُبَاحًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، فَوَطِئَ، فَلَا خِلَافَ أَنَّهَا لَا تُطَلِّقُ قَبْلَهُ. وَمِنَ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ طَلَّقْتُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا.

(الْقِسْمُ الثَّانِي: فِي فُرُوعِ التَّغْلِيقاتِ)، فَتَذَكُّرُهَا أَرْسَالًا.

وَجُمْلَةٌ نَظَرْنَا فِي تَحْقِيقِ الصِّفَاتِ، إِذَا عُلِّقَ عَلَيْهَا، فَلَتَذَكُّرِ الصِّفَاتِ؛ حَتَّى لَا نُطَوِّلَ، فَنَقُولُ: تَغْلِيْقُ الطَّلَاقِ يَطْلُوعُ الشَّمْسِ لَيْسَ حَلْفًا، سِوَاكَ كَانَ بِصِغَةِ «إِنْ» أَوْ «إِذَا»، وَبِالْأَفْعَالِ، حَلْفٌ بِالصِّغَتَيْنِ، وَبِأَكْلِ رُمَانَةٍ، يَخْتُ فِي التَّغْلِيْقِ بِهَا، وَيَنْصِفُ رُمَانَةً، وَبِالْبِسَارَةِ هِيَ الْخَبَرُ [ح] ^(٢). الْأَوَّلُ، وَالْكَذِبُ خَبَرٌ كَالصَّدْقِ، فَإِذَا قَالَ: يَا عَمْرُو، فَأَجَابَتْ حَفْصَةُ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: حَسِبْتُ عَمْرُو، طُلِّقْتَ حَفْصَةَ ظَاهِرًا، وَفِي عَمْرُو تَرَدَّدُ ^(٣) (وَح)؛ إِذْ لَمْ يَجْرِ مَعَهَا إِلَّا مُجَرَّدُ النِّدَاءِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهَا أَيْضًا، وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرُؤُوسِهِ: إِنْ مَاتَ سَيِّدِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: إِنْ مِتُّ، فَأَنْتِ حُرٌّ، لَمْ تُحَرِّمْ بِالطَّلْقَتَيْنِ؛ لِمُقَارَنَةِ الْعِتَى. وَقِيلَ: تُحَرِّمَ.

وَلَوْ عُلِّقَ طَلَاقُ زَوْجَتِهِ الْمَمْلُوكَةِ لِأَبِيهِ عَلَى مَوْتِ أَبِيهِ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ انْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِالْمِلْكِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْفُذُ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ يَفْدَمُ فُلَانٌ، فَقَدِمَ نِصْفَ النَّهَارِ، طُلِّقَتْ فِي الْحَالِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَبَيَّنَّ الْوُقُوعَ أَوَّلَ النَّهَارِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَوْ قَدِمَ لَيْلًا، لَمْ تُطَلِّقْ أَضْلًا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ

(١) فِي أ: قَوْلُهُ.

(٢) سَقَطَ مِنْ أ.

(٣) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِذَا قَالَ: يَا عَمْرُو فَأَجَابَتْ حَفْصَةُ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: حَسِبْتُ، عَمْرُو طَلَّقَتْ حَفْصَةَ ظَاهِرًا، وَفِي عَمْرُو تَرَدَّدَ» التَّرْتِيبُ الْمَشْهُورُ أَنَّ عَمْرُو لَا تَطْلُقُ، وَفِي حَفْصَةَ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا تَطْلُقُ.

[ت]

طَالِقٌ هَكَذَا، وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثِ، طُلُقْتَ ثَلَاثًا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ، إِنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا، إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَمَعْنَاهُ تَغْلِيْقُ التَّغْلِيْقِ، فَإِذَا كَلَّمْتَ زَيْدًا أَوَّلًا، تَعَلَّقَ طَلَاْقُهَا بِالذُّخُولِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرَبَعَتُكُنَّ طَوَالِقُ إِلَّا فَلَانَةً^(١) لَمْ يَصِحَّ (و) هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ عِنْدَ الْقَاضِي حُسَيْنٍ^(٢) رَحِمَهُ اللهُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: هَؤُلَاءِ الْأَعْبُدُ الْأَرْبَعَةُ لِفُلَانٍ إِلَّا هَذَا الْوَاحِدَ^(٣)، لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ فِي الْمُعَيَّنِّ لَا يُعْتَادُ.

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَطَلَّقْتَ زَوْجَتَكَ؛ أَسْتَحْبَارًا؟ فَقَالَ: نَعَمْ كَانَ إِقْرَارًا، وَإِنْ كَانَ لِالْتِمَاسِ الْإِنْشَاءِ، فَهُوَ صَرِيحٌ؛ فِي قَوْلِ.

وَكِنَايَةٍ؛ فِي قَوْلِ.

وَلَوْ قَالَتْ: (مَرَّ طَلَاقٌ دَه)، فَقَالَ: (دَازِمٌ)، فَيَصِيرُ الْخِطَابُ مُعْتَادًا فِيهِ، وَيَكُونُ صَرِيحًا؛ عَلَى

وَجْهِ.

وَلَوْ قَالَ الدَّلَالُ لِبَائِعِ الْمَتَاعِ: بَعْتُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، لَمْ يَكُنْ هَذَا خِطَابًا مَعَ الْمُشْتَرِي^(٤).

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَلَيْكَ زَوْجَةٌ؟ فَقَالَ: لَا، فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْإِقْرَارِ.

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ.

وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاْقَهَا بِتَمْيِيزِ النِّوَاةِ الَّتِي أَكَلَتْهَا عَمَّا أَكَلَهُ، قَبِدَدْتُ، بَرْتُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ نِيَّتُهُ (و)

التَّفْرِيقِ. وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاْقَهَا عَلَى ابْتِلَاعِ تَمْرَةٍ فِي فِيْهَا، وَعَلَى الْقَذْفِ وَالْإِمْسَاكِ، بَرْتُ بِأَكْلِ النَّصْفِ،

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أربعتكن طوالق إلا فلانة» قد سبق في الإقرار أن الظاهر صحة الاستثناء عن المعينات كصحته عن المطلقات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «القاضي حسين»: هو أبو علي الحسين بن محمد المروزي إنه كان كبيراً غواصاً في الدقائق، من أصحاب أبي بكر القفال، وله «التعليق الكبير والأصحاب الغر الميامين»، وسمعت سبطه الشيخ الحسن بن محمد بن الحسين بن محمد بن القاضي الحسين بـ «الري» يقول أتى القاضي رجل فقال: حلفتُ بالطلاق أنه ليس أحد في الفقه والعلم مثلك، فأطرق رأسه ساعةً وبكى، ثم قال: هكذا يفعل مؤثُّ الرجال لا يقع طلاقك يا هذا، سمع الحديث من أبي طاهر الزیادي وأبي بكر الحيري وعبد الله بن يوسف، وروى عنه صاحبه الشيخ الحسين الفراء وغيره، وكان يقال له: صبر الأمة. [ت]

ينظر ترجمته في: طبقات العبادي ١١٢، تهذيب الأسماء واللغات ١٦٤/١، وفيات الأعيان ١٣٤٢/٢ - ١٣٥٠، العبر ٢٤٩/٣، دول الإسلام ٢٧١/١، مرآة الجنان ٨٥/٣، طبقات السبكي ٣٥٦/٤ - ٣٦٥، طبقات الإسفوي ٤٠٧/١ - ٤٠٨، تبصير المتنبه ١٣٥٧/٤، طبقات ابن هداية الله ١٦٣ - ١٦٤، كشف الظنون ٤٢٤/١، ٥١٧، شذرات الذهب ٣/٣١٠، إيضاح المكنون ١٨٨/٢.

(٣) قال الرافعي: «كما لو قال: هؤلاء الأعبد الأربعة لفلان إلا هذا الواحد» جعله كالأصل المفروع عنه والظاهر صحة الاستثناء، وبه أجاب في «الإقرار» حيث قال: الاستثناء عن الغير صحيح كقوله: هذه الدار لفلان إلا ذلك البيت، والخاتم إلا الفص، وهؤلاء العبيد إلا واحداً. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولو قال الدلال البائع المتاع بعث فقال: نعم لم يكن هذا خطاباً مع المشتري» يريد أنه جواب الدلال، ولا يصح البيع بذلك، والذي رجح أنه إذا قبل المشتري العقد البيع. [ت]

وَلَوْ عَلَّقَ بِالْثُرُولِ مِنَ السَّلَمِ، وَبِالصُّمُودِ، وَالْوُقُوفِ، تَخَلَّصَتْ بِالطَّفَرَةِ وَبِالْحَمْلِ وَالْإِنْتِقَالِ إِلَى سَلَمٍ
 آخَرَ، وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْلِ رُمَانَةٍ أَوْ رَغِيفٍ، تَخَلَّصَتْ بِتَرْكِ حَبَّةٍ مِنَ الرُّمَانَةِ، وَفَنَاتِ مِنَ الرَّغِيفِ، وَمَهُمَا
 كَانَ لِلْفِظَةِ مَفْهُومٌ فِي الْعُرْفِ، وَوَضَعَ فِي اللِّسَانِ، فَعَلَى أَثَمَاسٍ يُحْمَلُ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالتَّحْقِيقُ أَنَّ ذَلِكَ
 لَا يُضْبَطُ، بَلْ تَارَةً يُرْجَحُ الْعُرْفُ، وَتَارَةً اللَّغَةُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ دَرَجَاتِ الْعُرْفِ وَظُهُورِ
 اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَتْ: يَا خَسِيسُ، فَقَالَ: إِنْ كُنْتُ كَذَلِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنْ قَصَدَ [الْمُكَافَاةَ] ^(١)، طَلَّقَتْ
 [بِكُلِّ حَالٍ] ^(٢)، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ، فَلَا تُطَلَّقُ إِلَّا بِوُجُودِ الْخَسَةِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَالْعُرْفُ يَقْضِي بِأَنْ يُحْمَلَ
 اللَّفْظُ عَلَى الْمُكَافَاةِ، فَقَدْ تَرَدَّدَ اللَّفْظُ وَالصَّبِيغَةُ لِلتَّعْلِيلِ، وَهُوَ أَوْلَى هَهُنَا، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى مُحَالَفَتِهَا
 لِلْأَمْرِ، ثُمَّ قَالَ: لَا تُكَلِّمِي زَيْدًا، فَكَلَّمْتُ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِأَنَّهُ مُخَالَفَةٌ لِلنَّهْيِ، وَهَذَا يُنَازَعُ فِيهِ الْعُرْفُ.
 وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى النَّهْيِ، فَقَالَ: قُومِي، فَقَعَدْتُ، قِيلَ: إِنَّهَا طَلَّقَتْ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالشَّيْءِ نَهْيٌ عَنْ ضِدِّهِ،
 وَهُوَ فَاسِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَى جِبْنٍ، أَوْ زَمَانٍ، طَلَّقَتْ (ح م) بَعْدَ لَحْظَةٍ وَكَذَلِكَ قَالُوا فِي الْعَصْرِ
 وَالْحُقْبِ، وَهُوَ بَعِيدٌ، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى الضَّرْبِ، لَمْ يَخْنُثْ بِالضَّرْبِ مِثْنًا، وَالْمَسُّ بَعْدَ الْمَوْتِ مَسٌّ،
 وَلَمْ يَخْنُثْ الشَّعْرُ وَالظُّفْرُ لَا يُخْنِثُ، وَالْقُدُومُ بِالْمِيتِ لَيْسَ بِقُدُومٍ، وَقَذْفُ الْمِيتِ قَذْفٌ، وَرُؤْيَةُ الْمِيتِ
 رُؤْيَةٌ (و)، وَالرُّؤْيَةُ فِي الْمَاءِ الصَّافِي رُؤْيَةٌ (و)، وَفِي الْمِرَاةِ فِيهِ تَرَدُّدٌ (و م)، وَرُؤْيَةُ (و) غَيْرُهَا الْهَلَالُ
 كَرُؤْيَتِهَا، وَالْهَمْسُ بِالْكَلامِ بِحَيْثُ لَا يُسْمَعُ لَيْسَ بِكَلامٍ؛ وَكَذَلِكَ عَلَى مَسَافَةٍ لَا تُسْمَعُ، فَإِنْ حَمَلَ
 الرِّيحُ الصَّوْتَ، فَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنْ مَنَعَ الدُّهُولُ أَوْ اللَّغَطُ السَّمَاعَ، فَهُوَ كَلَامٌ (و)، وَكُلُّ فِعْلٍ عَلَّقَ بِهِ،
 فَإِذَا حَصَلَ مِنَ الْمُكْرَهِ أَوْ النَّاسِي، فَفِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قَصَدَ مَنَعَهَا عَنِ الْمُخَالَفَةِ، فَنَسِيَتْ، لَمْ تُطَلَّقْ.

(١) فِي أ: الْمَكَافَاتِ.

(٢) فِي أ: مِنَ الْحَالِ.

كِتَابُ الرَّجْعَةِ^(١)، وَفِيهِ فَضْلَانِ:

(الأوّل: في أَرْكَانِهَا)، وهي أَرْبَعَةٌ:

الْمُوجِبُ لَهَا، وَهُوَ كُلُّ طَلَاقٍ يَسْتَعْقِبُ عِدَّةً، وَلَا عَوْضَ فِيهِ، وَلَمْ يَسْتَوْفِ عَدَدَ الطَّلَاقِ.

(الثاني): الْمُزْتَجِعُ، وَهُوَ كُلُّ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ.

(الثالث: الصَّبِيغَةُ)، وَصَرِيحُهَا قَوْلُهُ: رَجَعْتُ، وَرَاجَعْتُ، وَأَرْتَجِعْتُ، وَقَوْلُهُ: رَدَدْتُهَا إِلَى

النِّكَاحِ، فِيهِ خِلَافٌ (و)؛ وَكَذَلِكَ لَفْظُ الْإِمْسَاكِ، وَالتَّزْوِيجِ صَرِيحٌ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَكِنَايَةٌ، عَلَى وَجْهِهِ، وَلَغْوٌ، عَلَى وَجْهِهِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ صَرَاحَهُ مَخْصُورَةٌ، وَقَوْلُهُ: «أَعَذْتُ الْحِلَّ»، وَرَفَعْتُ التَّخْرِيمَ» لَيْسَ بِصَرِيحٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْكِنَايَةَ تَنْطَرِّقُ إِلَيْهَا؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ الْجَدِيدَ؛ أَنَّ الْإِشْهَادَ لَا يُشْتَرَطُ

(١) الرَّجْعَةُ: قَالَ فِي «المصباح»: بِالْفَتْحِ بِمَعْنَى الرَّجُوعِ، وَفُلَانٌ يُؤْمِنُ بِالرَّجْعَةِ، أَيُّ بِالْعُودِ إِلَى الدُّنْيَا. وَأَمَّا الرَّجْعَةُ بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَرَجْعَةُ الْكِتَابِ فَبِالْفَتْحِ وَالْكَسْرِ، وَبَعْضُهُمْ يَقْتَصِرُ فِي رَجْعَةِ الطَّلَاقِ عَلَى الْفَتْحِ، وَهُوَ أَفْصَحُ.

قَالَ ابْنُ فَارِسٍ: وَالرَّجْعَةُ مَرَاجَعَةُ الرَّجُلِ أَهْلَهُ، وَقَدْ نَكَرَ، وَهُوَ تَمْلِكُ الرَّجْعَةَ عَلَى زَوْجَتِهِ، وَطَلَاقِ رَجْعِي بِالْوَجْهِينِ أَيْضًا. اهـ.

وَفِيهِ رَجَعَتِ الْمَرْأَةُ إِلَى أَهْلِهَا، بِمَوْتِ زَوْجِهَا أَوْ طَلَاقٍ، فَهِيَ رَاجِعٌ.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَفْرُقُ فَيَقُولُ: الْمَطْلُوقَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالْمَتَوَفَى عَنْهَا رَاجِعٌ.

قَالَ صَاحِبُ «المختار»: رَجَعَ الشَّيْءُ بِنَفْسِهِ مِنْ بَابِ «خَلَسَ» وَرَجْعَةٌ غَيْرُهُ مِنْ بَابِ «قَطَعَ»، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ الْقَوْلُ﴾ أَيُّ يَتَلَاوَمُونَ.

وَالرُّجُوعُ الرَّجُوعُ، وَكَذَا الْمَرْجِعُ، وَمَنْ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ﴾ وَهُوَ شَاذٌ؛ لِأَنَّ الْمَصَادِرَ مِنْ فَعَلَ إِنَّمَا تَكُونُ بِالْفَتْحِ.

وَرَجْعَةُ بَفَتْحِ الرِّاءِ وَكُسْرُهَا، وَالْفَتْحُ أَفْصَحُ، وَالرَّاجِعُ الْمَرْأَةُ يَمُوتُ زَوْجُهَا، فَتَرْجِعُ إِلَى أَهْلِهَا وَأَمَّا الْمَطْلُوقَةُ: فَهِيَ الْمَرْدُودَةُ.

وَالرُّجْعُ: الْمَطَرُ، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالسَّمَاءِ ذَاتِ الرُّجْعِ﴾.

وَقِيلَ: مَعْنَاهُ: النِّفْعُ.

وَالْمَرَاجَعَةُ الْمَعَادَةُ، يَقَالُ: رَاجَعَهُ الْكَلَامُ، وَرَاجَعَ امْرَأَتَهُ فَهِيَ لُغَةٌ: الْمَرْءُ مِنَ الرُّجُوعِ.

وَاصْطِلَاحًا:

عَرَّفَهَا الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: اسْتِدَامَةُ الْمِلْكِ الْقَائِمِ فِي الْعِدَّةِ، يَرُدُّ الزَّوْجَةُ إِلَى زَوْجِهَا، وَإِعَادَتُهَا إِلَى حَالَتِهَا الْأُولَى.

عَرَّفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: رُدُّ الْمَرْأَةِ إِلَى النِّكَاحِ مِنْ طَلَاقٍ غَيْرِ بَائِنٍ مِنَ الْعِدَّةِ، عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ.

عَرَّفَهَا الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهَا: عَوْدُ الزَّوْجَةِ الْمَطْلُوقَةِ لِلْعَصْمَةِ مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ عَقْدٍ.

عَرَّفَهَا الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهَا: إِعَادَةُ الْمَطْلُوقَةِ غَيْرِ بَائِنٍ، إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَقْدٍ.

يَنْظُرُ: الْإِخْتِيَارَ ١٠٠/٢، حَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ ٤١٥/٢، كَشَافُ الْقَنْعَانِ ٣٤١/٥.

فِيهَا^(١)، وَالتَّغْلِيْقُ لَا يَتَطَوَّقُ إِلَيْهَا؛ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ، وَلَا تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بِالْوُطْءِ [ح]^(٢) وَسَائِرِ الْأَفْعَالِ.

(الرَّابِعُ: الْمَجْلُ)، وَهِيَ الْمُعْتَدَّةُ الْقَابِلَةُ لِلحِجْلِ، فَلَوْ أَرْتَدَّتْ، فَرَجَعَهَا، فَرَجَعَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ، لَزِمَ اسْتِثْنَاءُ الرَّجْعَةِ، وَإِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ، فَلَا رَجْعَةَ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا الْعِدَّةَ بِالْإِثْنَانِ فِي غَيْرِ الْمَأْتَى، أَوْ بِالْخُلُوعِ، ثَبَّتَ (ح) الرَّجْعَةَ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَإِذَا أَدْعَتْ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ بِوَضْعِ الْحَمْلِ، مَيْتًا أَوْ حَيًّا، نَاقِصًا أَوْ كَامِلًا، صُدِّقَتْ بِبَيِّنَتِهَا؛ فِي أَظْهَرِ الْوُجْهِينَ، وَإِذَا ظَهَرَتِ الصُّورَةُ الْأُولَى انْقَضَتْ الْعِدَّةُ بِوَضْعِهَا، وَفِي الْمُضْغَةِ قَوْلَانِ، وَيُقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الْإِمْكَانِ، وَإِمْكَانُ الْوَلَدِ الْكَامِلِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ إِمْكَانِ الْوُطْءِ، وَإِمْكَانُ الصُّورَةِ، إِلَى مِائَةٍ وَعِشْرِينَ يَوْمًا، وَإِمْكَانُ اللَّحْمِ، إِلَى ثَمَانِينَ يَوْمًا، وَإِمْكَانُ انْقِضَاءِ الْأَقْرَاءِ، إِذَا طُلِّقَتْ فِي الطُّهْرِ، اثنانٍ وَثَلَاثُونَ يَوْمًا [ح]^(٣) وَلَحْظَتَانِ، وَإِنْ طُلِّقَتْ فِي الْحَيْضِ، سَبْعَةٌ (ح) وَأَرْبَعُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ، وَفِي الْمُبْتَدَأَةِ كَذَلِكَ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْقَرْءَ هُوَ طَهْرٌ مُخْتَوٍ بِحَيْضٍ، فَلَا أَقْلَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ وَثُلْثِ حَيْضٍ، وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ يَوْمًا [وَلَحْظَتَانِ]^(٤)، وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي مُدَّةِ الْإِمْكَانِ؛ عَلَى خِلَافِ عَادَتِهَا؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِذَا وَطِئَهَا بَعْدَ قَرْءَيْنِ، اسْتَأْنَفَتْ ثَلَاثَةَ أَقْرَاءَ، وَلَا رَجْعَةَ إِلَّا فِي الْأَوَّلِ مِنْهَا، فَإِنْ أَخْبَلَهَا، فَوَضَعَتْ، رَجَعَتْ إِلَى بَقِيَّةِ الْأَقْرَاءِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَفِيهَا الرَّجْعَةُ، وَهَلْ تَثْبُتُ فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفصل الثاني: فِي أَحْكَامِ الرَّجْعِيَّةِ)، وَهِيَ مُحَرَّمَةٌ (ح) الْوُطْءِ، وَلَكِنْ لَا جَدَّ فِي وَطْئِهَا، وَيَجِبُ الْمَهْرُ، إِنْ لَمْ يُرَاجِعْهَا، وَإِنْ رَاجَعَهَا، فَالْنَّصُّ أَنَّهُ يَجِبُ، وَالنَّصُّ فِي الْمُتَدَّةِ، إِذَا وَطِئَهَا، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ؛ أَنَّ لَا مَهْرَ.

وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَيَصِحُّ مُخَالَعَتُهَا عَلَى الْجَدِيدِ^(٥)، وَلَا خِلَافَ فِي صِحَّةِ الْإِبْلَاءِ وَالظَّهَارِ^(٦) وَاللَّعَانِ وَالطَّلَاقِ وَجَزَائِنِ التَّوَارِثِ وَلِزُومِ النِّفْقَةِ، وَلَوْ قَالَ: زَوْجَاتِي طَوَالِقُ، أَنْدَرَجَتْ تَحْتَهُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا، وَهِيَ رَقِيقَةٌ، فَعَلَيْهِ الْأَسْتِيزَاءُ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ، وَإِنْ أَدْعَى أَنَّهُ رَاجِعٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الرَّجْعَةِ.

وَقِيلَ: هُوَ الْمُصَدِّقُ؛ إِذِ الْأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَلَوْ قَالَ: رَاجَعْتُكَ الْآنَ، فَقَالَتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي

(١) قال الرافعي: «الصحيح الجديد: أن الإشهاد لا يشترط فيها» هذا يشعر بأن القديم الاشتراط، والأكثرون

نقلوا الاشتراط عن «الإملاء»، وقالوا قوله في القديم، والجديد عدم الاشتراط. [ت]

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: لحظة.

(٥) قال الرافعي: «ويصح مخالفتها على الجديد» قد سبقت المسألة في الخلع، لكنه أرسل القولين هناك.

[ت]

(٦) قال الرافعي: «ولا خلاف في صحة الإبلاء والظهار» إلى قوله: ولزوم النفقة هذه الأحكام معادة في

أبوابها. [ت]

بِالْأَمْسِ، وَأَنْكَرَ، أَوْ قَالَتْ: أَنْقَضْتُ عِدَّتِي، فَقَالَ: رَاجِعْتُكَ بِالْأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالْخِلَافُ جَارٍ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا: لِأَنَّ الزَّوْجَ يَقْدِرُ عَلَى الْإِشْهَادِ^(١)، وَلِأَجْلِ هَذَا، يُسْتَحَبُّ لَهُ الْإِشْهَادُ، وَهِيَ مُؤْتَمَنَةٌ عَلَى مَا فِي رَحِمِهَا، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ: رَاجِعْتُكَ بِالْأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ؛ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الْإِنْشَاءِ، فَإِنْ صَدَّقْنَاهَا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يُجْعَلُ إِنْشَاءً، بَلْ عَلَيْهِ الْإِنْشَاءُ، إِنْ أَرَادَ، وَمَهُمَا أَنْكَرَتْ الرَّجْعَةَ، ثُمَّ رَجَعَتْ، صُدِّقَتْ، وَإِنْ كَانَ فِي إِنْكَارِهَا إِقْرَارٌ بِالتَّحْرِيمِ؛ لِأَنَّهَا جَعَلَتْ حَقَّ الزَّوْجِ، ثُمَّ أَقَرَّتْ؛ فَيَتَرَجَّحُ جَائِزُهُ، وَلَوْ أَقَرَّتْ بِتَحْرِيمِ رِضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الرُّجُوعُ (ح)، وَإِنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، ثُمَّ رَجَعَتْ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ لِحَقِّ الزَّوْجِ.

(١) قال الرافعي: «فالخلاف جارٍ والأظهر أن القول قولها، لأن الزوج يقدر على الإشهاد» هذا يشعر بترجيح هذا الوجه في الصور كلها، وهو غير مساعد عليه فيها إذا اتفقا على وقت الرجعة واختلفا في وقت انقضاء العدة، بل الظاهر أنه المصدق، ولا فيما إذا لم يتفقا على وقت واحد منهما، بل الظاهر تصديق من سبق إلى الدعوى. [ت]

كِتَابُ الْإِيلَاءِ^(١) وَفِيهِ بَابَانِ:

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَرْكَانِهِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ)

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الْحَالِفُ)، وَهُوَ كُلُّ زَوْجٍ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْوَقَاعُ، حُرّاً كَانَ أَوْ رَقِيقاً، كَافِراً كَانَ أَوْ مُسْلِماً، كَانَتْ رَجْعِيَّةً أَوْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ، كَانَ الزَّوْجُ مَرِيضاً أَوْ صَحِيحاً، أَوْ خَصِيّاً أَوْ مَحْجُوبَ بَعْضِ الذِّكْرِ، وَإِنْ جُبَّ جَمِيعُ ذَكَرِهِ، فَالصَّحِيحُ (ح م) أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِيْلَاؤُهُ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ^(٢)، وَإِنْ

(١) الإيلاء لغة: بالمد: الحلف، وهو: مصدر. يقال: آلى بمدة بعد الهمزة، يؤلي إيلاءً، وتألّى وتألّى، والآلية، بوزن فعيلة: اليمين، وجمعها ألياء: بوزن خطايا، قال الشاعر:
قليل الألياء حافظ ليمينه وإن سبقت فيه الأليّة برّت
والألوة بسكون اللام، وتثليث الهمزة: اليمين أيضاً.
ينظر: الصحاح: ٢٢٧/٦، المغرب: ٢٨، لسان العرب: ١١٧/١، المصباح المنير: ٣٥/١.
واصطلاحاً:

عرّفه الحنفية: هو عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر أو أكثر.
وعرّفه الشافعية بأنه: هو حلف زوج يصبح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر.
وحكمة التقييد بتلك المدة أن المرأة يعظم ضررها إذا زاد على ذلك، لأنها تصبر عن الزوج أربعة أشهر وبعد ذلك يفنى صبرها أو يقل. روى البيهقي عن عمر أنه خرج مرة في الليل في شوارع المدينة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل واسودّ جانبه وأزقني أن لا خليل الأعبه
فوالله لولا الله تخشى عواقبه لحرك من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يصدّني وأخشى لبعلي أن تنال مراتبه
فقال عمر لابنته حفصة كم أكثر ما تصبر المرأة عن الزوج؟ وروي أنه سأل النساء فقلن له تصبر شهرين وفي الثالث يقل صبرها وفي آخر الرابع يفقد صبرها، فكتب إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر، وقولها من هذا السرير أرادت نفسها لأنها فراش الرجل فهي كالسرير الذي يجلس عليه.

وعرّفه المالكية بأنه: حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدل على ترك وطء زوجته غير الموضع أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد تصريحاً أو احتمالاً قيداً أو أطلق وإن تعليقاً.
وعرّفه الحنابلة بأنه: حلف الزوج - القادر على الوطء - بالله تعالى أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر..

ينظر: تبين الحقائق / شرح كنز الدقائق: ٢٦١/٢، الشرح الصغير: ٢٧٨/٢، ٢٧٩، المطلع: ٣٤٣، تحفة المحتاج: ١٨٨/٨، شرح المحلى على المنهاج: ٢٤.
والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية وإنما عدي فيها بمن وهو إنما يعدي بعلي، لأنه ضمن معنى البعد كأنه قال للذين يؤلون مبعدين أنفسهم من نسائهم وهو حرام للإيذاء.

(٢) قال الرافعي: «وإن جب جميع ذكره فالصحيح أنه لا يصح إيلاءه وقيل: قولان» الظاهر عند الأكثرين =

آلِي، ثُمَّ جُبَّ، انْقَطَعَ الْإِيْلَاءُ، وَقِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ^(١).

وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ، ثُمَّ نَكَحَهَا، لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًّا.

(الرُّحْنُ الثَّانِي: الْمَخْلُوفُ بِهِ)، وَهُوَ اللَّهُ تَعَالَى، أَوْ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِهِ، فَإِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ، ثُمَّ وَطِئَ، لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ؛ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَا يَخْتَصُّ الْإِيْلَاءُ بِالْيَمِينِ بِاللَّهِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ، بَلْ كُلُّ مَا فِيهِ الْإِتْرَامُ؛ مِنْ عَتَقٍ، وَطَلَاقٍ، أَوْ لُزُومِ صَوْمٍ وَصَدَقَةٍ، وَعَلَقٍ بِالْوَطْءِ، فَهُوَ إِيْلَاءٌ.

ثُمَّ إِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَدَقَةٌ، فَهُوَ يَمِينُ لَجَاجٍ، وَفِيمَا يَلْزَمُ فِيهِ [ثَلَاثَةٌ]^(٢) أَقْوَالٍ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ جَامَعْتُكَ، فَعَبْدِي حُرٌّ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ، أَوْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ، انْحَلَّ الْإِيْلَاءُ، وَإِنْ قَالَ: فَعَبْدِي حُرٌّ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، صَارَ مُؤَلِيًّا، وَلَكِنْ بَعْدَ انْقِضَاءِ شَهْرٍ مِنَ اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَعَبْدِي حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي، وَكَانَ قَدْ ظَاهَرَ، صَارَ مُؤَلِيًّا؛ لِإِتْرَامِهِ تَغْيِينِ الْعَبْدِ وَتَغْيِيلِهِ، فَإِنْ وَطِئَ، انْتَصَرَفَ الْعِتْقُ إِلَى الظَّهَارِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ ظَاهَرَ، فَيَكُونُ مُقَرَّرًا عَلَى نَفْسِهِ بِالظَّهَارِ، فَيَعْتَقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِئَ، وَيَكُونُ مُؤَلِيًّا، وَإِنْ قَالَ: فَهُوَ حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي، إِنْ تَظَاهَرْتُ، فَإِنَّمَا يَصِيرُ (و) مُؤَلِيًّا، إِذَا ظَاهَرَ، لِأَنَّهُ عَلَّقَ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَعْتَقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِئَ بَعْدَ ذَلِكَ، لَا عَنْ الظَّهَارِ؛ لِأَنَّهُ قَدَّمَ تَغْلِيْقَهُ عَلَى الظَّهَارِ، وَيَخْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا لَمْ يَنْتَصِرَفْ إِلَى الظَّهَارِ، لَمْ يَعْتَقِ، لِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَيَنْدَفِعُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَأَنْتَ طَالِقٌ [ثَلَاثًا]^(٣)، فَهُوَ مُؤَلٍ (و)، فَإِنْ وَطِئَ، فَعَلَيْهِ النَّزْعُ عِنْدَ تَغْيِيبِ الْحَشَفَةِ.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ بِهِ الْوَطْءُ: لِأَنَّ النَّزْعَ مِنَ الْجَمَاعِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَأَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةً^(٤)، وَقَعَ بِالْوَطْءِ طَلَقَةٌ رَجْعِيَّةٌ؛ لِأَقْرَبِ الْمَسِيَسِ بِالطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَضَرْتُكَ طَالِقٌ، فَهُوَ مُؤَلٍ (و)، فَإِنْ مَاتَتْ، الضَّرَّةُ، انْحَلَّ الْإِيْلَاءُ، وَإِنْ أَبَانَهَا، فَكَمِثْلُ، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، وَقُلْنَا: يَعُودُ الْحَنْثُ، فَيَعُودُ الْإِيْلَاءُ، وَتُبْنَى (و) [الْعِدَّة]^(٥) عَلَى مَا مَضَى؛ فَلَا تُسْتَأْنَفُ^(٦)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ إِحْدَاكُمَا، فَلَا أُخْرَى طَالِقٌ، وَأَبَى الْفَيْئَةَ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُطْلَقَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْإِنِّهَامِ، ثُمَّ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ مَا نَوَى أَوْ يُعَيِّنَ.

= طريقة القولين. [ت]

(١) قال الرافعي: «وإن آلى ثم جب انقطع الإيلاء، وقيل بطرد القولين» الظاهر طرد القولين، والنظم يشعر

بترجيح الطريق الأول. [ت]

(٢) سقط من ط، ب.

(٣) في أ: اثنتان.

(٤) قال الرافعي: «ولو قال لغير المدخول بها: إن وطئتكَ فأنت طالق واحدة» لفظ «الواحدة» لا حاجة إليه.

[ت]

(٥) في أ: المدة.

(٦) قال الرافعي: «وإن جدَّد نكاحها وقلنا يعود الحنث فيعود الإيلاء، وتبنى العدة على ما معنى، ولا تستأنف»

من وجه، وفي وجه يستأنف، ويشبه أن يكون هو الأظهر، وهو المذكور في «التهذيب». [ت]

وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ دَعَاؤُهُمَا مَعَ الْإِنِّهَامِ.

وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: وَالله لَا أَجَامِعُكُمْ، فَإِنْ جَامَعَ ثَلَاثًا، صَارَ مُوَلِيًا عَنِ الرَّابِعَةِ، وَالْكَفَّارَةُ تَجِبُ بِوَطْءِ الْجَمِيعِ، وَبِوَطْءِ وَاحِدَةٍ يَقْرُبُ مِنَ الْحِنْثِ، وَلَا يَخْنُثُ، وَالْقُرْبُ مِنَ الْحِنْثِ مَخْذُورٌ، وَلَكِنَّهُ لَا يَصِيرُ بِهِ (ح م و) مُوَلِيًا؛ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُمْ، فَهُوَ مُوَلٍ، إِذْ يَلْزِمُهُ الْكَفَّارَةُ بِوَطْءِ أَيِّ وَاحِدَةٍ وَطِئَهَا، وَلَوْ قَالَ: وَالله لَا أَجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْكُمْ، وَأَرَادَ لَزُومَ الْكَفَّارَةِ [بِوَطْءِ] ^(١) أَيِّ وَاحِدَةٍ كَانَتْ، فَهُوَ مُوَلٍ، وَإِنْ أَرَادَ وَاحِدَةً مُبْهَمَةً، فَهُوَ مُوَلٍ، وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يُعَيِّنَ وَاحِدَةً، فَيَخْتَصُّ بِالْإِيْلَاءِ بِهَا، وَيَقُولُ: هِيَ الَّتِي أَرَدْتُهَا، وَأَنْشَأَتْ تَعْيِينَهَا عَنِ الْإِنِّهَامِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَلِيًا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَزْجُو أَلَّا تَكُونَ هِيَ الْمُعَيَّنَةُ، وَلَوْ أَطْلَقَ اللَّفْظَ فَعَلَى أَيِّ الْأَخْتِمَالَيْنِ يُحْمَلُ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، فَإِذَا وَطِئَ مَرَّةً، صَارَ مُوَلِيًا، إِنْ بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ زِيَادَةٌ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ إِلَّا عَشَرَ مَرَّاتٍ، أَوْ مِائَةً، فَإِذَا اسْتَوْفَى الْعَدَدَ، صَارَ مُوَلِيًا، إِنْ بَقِيََتِ الْمُدَّةُ، وَلَوْ أَلَى عَنِ امْرَأَةٍ، ثُمَّ قَالَ لِأُخْرَى: أَشْرَكْتُكَ مَعَهَا، وَنَوَى، لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللهِ تَعَالَى، وَلَا صَرَّحَ بِالْإِتِمَامِ، وَفِي الطَّلَاقِ يُمَكِّنُ الْأَشْرَاطُ، وَفِي الظَّهَارِ خِلَافٌ مُبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ يَغْلِبُ فِيهِ الْيَمِينُ، أَوِ الطَّلَاقُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ لِغَيْرِهَا: أَشْرَكْتُكَ، وَأَرَادَ تَغْلِيْقَ طَلَاقِهَا بِدُخُولِهَا نَفْسِهَا، فَهَلْ يَصِحُّ هَذِهِ الْكِتَابَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَنَوَى الْإِيْلَاءَ، ائْتَقَدَ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَرَدَ فِي الْكِتَابِ لِإِجَابِ الْكَفَّارَةِ، وَلَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُكَ، إِنْ شِئْتَ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، صَارَ (م) مُوَلِيًا، وَهَلْ يَخْتَصُّ الْمَشِيئَةُ بِالْمَجْلِسِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْإِيْلَاءُ يَنْتَقِدُ فِي غَيْرِ حَالِ الْغَضَبِ، وَلَا يَنْتَقِدُ بِمِثْلِ قَوْلِهِ: إِنْ وَطِئْتُ، فَأَنَا زَانٍ، أَوْ أَنْتِ زَانِيَةٌ، إِذْ لَا يُتَعَرَّضُ بِسَبَبِهِ لِلزُّوْمِ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: فِي الْمُدَّةِ)، وَالْإِيْلَاءُ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْأَمْتِنَاعِ مُطْلَقًا، أَوْ أَكْثَرَ (ح) مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُكَ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، (ح) لَا يَكُونُ مُوَلِيًا، فَلَوْ أَعَادَ الْيَمِينَ فِي آخِرِ الْأَشْهُرِ مَرَّةً أُخْرَى، وَلَمْ يَزَلْ يَفْعَلْ كَذَلِكَ، فَلَيْسَ بِمُوَلٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لَا أَجَامِعُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَهَكَذَا مَرَّاتٍ، لَمْ يَكُنْ (و) مُوَلِيًا؛ إِذَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ تَفَعُّ بَعْدَ انْحِلَالِ الْيَمِينِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لَا أَجَامِعُكَ سَنَةً، فَيُطَالَبُ بِالْفَيْئَةِ فِي الشَّهْرِ الْخَامِسِ، وَإِنْ تُرِكَتْ حَتَّى انْقَضَى الْخَامِسُ، سَقَطَتِ الْمُطَالَبَةُ إِلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، أُخْرَى، تَنْقُضِي مِنَ الْيَمِينِ الثَّانِيَةَ، وَلَوْ طَلَّقَ، ثُمَّ رَاجَعَ فِي الْخَامِسِ، لَمْ تَعُدَّ الْمُطَالَبَةُ لِأَنَّهُ قَدْ دَفَعَ طَلَبَ الْيَمِينِ الْأُولَى لَكِنْ بَعْدَ الْخَامِسِ يُسْتَأْنَفُ عَلَيْهِ مُدَّةُ الْيَمِينِ الثَّانِيَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَطُوكُ؛ حَتَّى يَنْزِلَ عَيْسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ، أَوْ يَخْرُجَ الدَّجَالُ، أَوْ يَقْدَمَ فَلَانٌ، وَهُوَ عَلَى مَسَافَةٍ يَغْلُمُ تَأَخَّرَ قُدُومِهِ عَنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَهُوَ مُوَلٍ (و)، وَلَوْ قَالَ: حَتَّى يَدْخُلَ زَيْدٌ

(١) سقط من أ.

الدَّارَ، فَمَضَى أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَلَمْ يَدْخُلْ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ؛ لِأَنَّهُ يُنْتَظَرُ دُخُولُهُ كُلَّ سَاعَةٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُطَالَبُ.

وَلَوْ قَالَ: إِلَى أَنْ أَمُوتَ أَوْ تَمُوتِي، فَهُوَ مُوَلٍ، وَ لَوْ قَالَ: إِلَى أَنْ يَمُوتَ زَيْدٌ، فَهُوَ كَالْتَّغْلِيْقِ بِدُخُولِ زَيْدٍ وَقُدُومِهِ مِنْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْتَّغْلِيْقِ بِخُرُوجِ الدَّجَالِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِي الْمَخْلُوفِ عَلَيْهِ)، وَهُوَ الْجَمَاعُ، وَلَفْظُهُ الصَّرِيحُ الَّذِي لَا يُدَيِّنُ مُتَأَوُّلُهُ: تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ فِي الْفَرْجِ، وَإِيْلَاجُ الذَّكْرِ وَالتَّيْكُ، أَمَّا الْجَمَاعُ وَالْوَطْءُ فَيُدَيِّنُ فِيهِ النَّاوِي، وَلَا يَقْبَلُ (و) ظَاهِرًا وَأَمَّا الْمُبَاضَعَةُ وَالْمَلَامَسَةُ وَالْمُبَاشَرَةُ، فَقَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَالْجَمَاعِ.

وَالْآخَرُ: أَنَّهُ كِنَايَةٌ (ح)؛ كَقَوْلِهِ: لَا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسَكَ وَسَادَةً، وَقَوْلِهِ: لَا بُعْدَنَّ عَنْكَ، وَالْإِصَابَةُ (و م) قَرِيبَةٌ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ، وَالْقُرْبَانُ وَالْغَشْيَانُ وَالْإِثْنَانُ بِالْكِتَابَةِ أَشْبَهُ.

وَقِيلَ: هِيَ كَالْمُبَاشَرَةِ وَالْمُبَاضَعَةِ.

وَلَوْ قَالَ لَا أَجَامِعُكَ فِي الْحَبِضِ وَالتَّنَاقُصِ وَفِي الدُّبْرِ، فَهُوَ مُخْسِنٌ؛ وَلَيْسَ بِمُوَلٍ أَصْلًا.

(البَابُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:)

(الْأَوَّلُ: ضَرْبُ الْمُدَّةِ)، فَإِذَا قَالَ: وَاللهِ لَا أَجَامِعُكَ، أَمَهْلَنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْ، رَفَعْتَهُ (ح) إِلَى الْقَاضِي، لِيَأْمُرَهُ بِالْفَيْئَةِ، فَإِنْ أَبَى، طَلَّقَ [ح] ^(١) الْقَاضِي عَلَيْهِ ^(٢)، وَلَا تَحْتَاجُ الْمُدَّةُ إِلَى ضَرْبِ الْقَاضِي ^(٣) بِخِلَافِ الْعُنَّةِ، وَتَرْتِصُ الْأَمَّةُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ (ح)؛ كَالْحُرَّةِ، وَالتَّرْتِصُ عَنِ الْعَبْدِ (م) كَهَوِّ عَنِ الْحُرِّ، وَتَنْقُطُ الْمُدَّةُ بِالطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالرَّدَّةِ، فَإِذَا رَاجَعَهَا، أَوْ عَادَتْ، أُسْتُؤِنَتِ الْمُدَّةُ؛ لِيَتَوَالَى الْأَضْرَارُ، وَكَذَلِكَ إِذَا طَلَّقَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا بَعْدَ الْمُدَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَرْتَدَّتْ، [أُسْتُأْنِفَتْ] ^(٤) الْمُدَّةُ عِنْدَ

(١) فِي أ: (و).

(٢) قَالَ الرَّافِعِي: «ضَرْبُ الْمُدَّةِ فَإِذَا قَالَ: وَاللهِ لَا أَجَامِعُكَ أَمَهْلَنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا رَفَعْتَهُ إِلَى الْقَاضِي لِيَأْمُرَهُ بِالْفَيْئَةِ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ الْقَاضِي عَلَيْهِ» هَذَا غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هَهُنَا الْكَلَامُ فِي الْمُدَّةِ فَلَوْ قَالَ ضَرْبُ الْمُدَّةِ فَيَمْهَلُ الْمُوَلَى أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ. [ت]

(٣) قَالَ الرَّافِعِي: «وَلَا تَحْتَاجُ الْمُدَّةُ إِلَى ضَرْبِ الْقَاضِي» كَفَى، لَكِنْ قَوْلُهُ: «فَإِنْ لَمْ يَطَأْ رَفَعْتَهُ» يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ وَطِئَ فِي الْمُدَّةِ انْحَلَّتِ الْيَمِينُ، وَلَا رَفْعَ. [ت]

(٤) فِي أ: فَيَسْتَأْنَفُ.

الْعَوْدُ، وَأَمَّا طَرَيَانُ الصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ عَلَيْهِ لَا يَفْطَعُ الْمُدَّةَ، وَكَذَلِكَ مَرَضُهُ وَحَبْسُهُ وَجُنُونُهُ، فَإِنْ كَانَ الْمَانِعُ فِيهَا مَنَعٌ احْتِسَابِ الْمُدَّةِ؛ كَصَغَرِهَا وَجُنُونِهَا وَحَبْسِهَا وَمَرَضِهَا الْعَظِيمِ، وَلَكِنْ لَوْ طَرَأَتْ، ثُمَّ زَالَتْ، لَمْ تُسْتَأْنَفِ الْمُدَّةُ، بَلْ تَبْنِي عَلَى الْمَاضِي؛ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ^(١)، أَمَّا إِذَا طَرَأَتْ بَعْدَ الْمُدَّةِ، مُنِعَتِ الْمُطَالَبَةُ فِي الْحَالِ، وَلَكِنْ إِذَا زَالَ، لَمْ يُوجِبِ (و)، اسْتِثْنَاءُ الْمُدَّةِ؛ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالرَّذَّةِ.

أَمَّا صَوْمُهَا، فَلَا يَمْنَعُ مِنْ احْتِسَابِ الْمُدَّةِ، وَلَا حَيْضُهَا، وَإِنْ كَانَ يَمْنَعُ طَلَبَ الْوَطْءِ فِي الْحَالِ.

(الْحُكْمُ الثَّانِي: الْمُطَالَبَةُ)، وَلَهَا ذَلِكَ، إِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ مِنْ غَيْرِ قَاطِعٍ، فَإِنْ رَضِيَتْ، لَمْ يَبْطُلَ حَقُّهَا، وَكَانَ لَهَا الْعَوْدُ، بِخِلَافِ الْعُنَّةِ، بَلْ هَذَا كَرِضَاهَا بِإِعْسَارِ الزَّوْجِ؛ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الطَّلَبِ، وَلَا مُطَالَبَةَ لِوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ، وَلَا لِسَيِّدِ الْأَمَةِ، بَلْ يَخْتَصُّ هَذَا بِالْمَرْأَةِ، وَلَا مُطَالَبَةَ لِلْمَرْيُضَةِ الَّتِي لَا تَحْتَمِلُ الْوِقَاعَ، وَلَا لِلرَّقَاءِ، وَلَا لِلْحَائِضِ حَالَةَ الْحَيْضِ.

وَإِنْ كَانَ فِي الرَّجُلِ مَانِعٌ طَبْعِيٌّ، فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِالْبَيْتَةِ بِاللِّسَانِ وَوَعْدِ الْوِقَاعِ، وَإِنْ كَانَ شَرْعِيًّا؛ كَالطَّهَارَةِ وَالصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ، فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُطْلَقَ، أَوْ يَقْضَى بِالْوِقَاعِ، إِلَّا أَنْ ذَلِكَ يَنْقَدِحُ، إِنْ جَوَزْنَا لَهَا التَّمَكُّنَ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلرَّجْعِيَّةِ التَّمَكُّنُ؛ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمَانِعُ فِيهَا كَالصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ وَالْحَيْضِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ، وَعَصَى بِطَلَبِ الْوِقَاعِ، قِيلَ: يَجِبُ عَلَيْهَا التَّمَكُّنُ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الزَّوْجِ، فَيُوقَى، وَإِنْ كَانَ عَاصِيًا بِالِاسْتِيفَاءِ.

وَقِيلَ: لَا يَجِبُ، وَلَا يَحِلُّ، فَعَلَى هَذَا لَا يُمَكِّنُ طَلَبُ الْوَطْءِ، وَلَكِنْ يُقَالُ لَهُ: طَلَّقْ، فَإِنْ وَطِئَ مَعَ التَّحْرِيمِ، أُنْذِفَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَكْتَفِي هَهُنَا بِبَيْتَةِ اللِّسَانِ إِلَى زَوَالِ الْمَانِعِ؛ إِذْ لَا وَجْهَ لِلِإِزْهَاقِ إِلَى الطَّلَاقِ.

(الْحُكْمُ الثَّلَاثُ:) فِيمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ، وَهُوَ الْوَطْءُ أَوْ الطَّلَاقُ، فَإِنْ أَبَى، فَالصَّحِيحُ أَنْ الْقَاضِي (زح) يُطْلَقَ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُحْبَسُ (ح م)؛ حَتَّى يُطْلَقَ.

فَإِنْ اسْتَمَهَلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَأَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ يُمَهَّلُ^(٢)، فَلَعَلَّهُ يُنْتَظَرُ نَشَاطًا وَقُوَّةً، فَإِنْ أَمْهَلَ الْقَاضِي، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ تِمَامِ الْمُهْلَةِ، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لَا كَقَتْلِ الْمُؤْتَدِّ قَبْلَ تِمَامِ الْمُدَّةِ، فَإِنَّهُ هَذَرٌ، وَلَوْ غَابَ الزَّوْجُ إِلَى مَسَافَةٍ لَا تُقَطَّعُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلَوْ كَيْلَهَا أَنْ يَطَالِبُهُ عِنْدَ الْقَاضِي؛ إِمَّا بِالطَّلَاقِ، أَوِ الرَّجُوعِ إِلَيْهَا، فَإِنْ لَمْ يَزْجَعْ، حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِمْكَانِ، فَقَالَ: الْآنَ أَرْجِعُ، لَمْ يُمَكَّنْ، وَلِلْقَاضِي

(١) قال الرافعي: «لكن لو طرأت ثم زالت لم تستأنف المدة، بل تبني على الماضي في أظهر الوجهين» الأصح عند الجمهور الاستئناف. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن استمهله ثلاثة أيام فأصح الوجهين أنه يمهل» قيل: هما قولان. [ت]

أَنْ يُطْلَقَ، وَلَوْ أَدْعَى بَعْدَ الْمُدَّةِ عُنَّةً، لَمْ يُطْلَقْ، وَضَرَبْنَا مُدَّةَ الْعُنَّةِ، فَلَعَلَّهُ يَقْدِرُ؛ فَيَطَأَ.

(الْحَكْمُ الرَّابِعُ: فِيمَا بِهِ الْفَيْئَةُ)، وَهُوَ تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ؛ فَلَا يَخْصُلُ بِنَزُولِهَا عَلَيْهِ^(١)، وَيَخْصُلُ بِوَطْئِهِ مُكْرَهًا، إِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ بِهِ الْكَفَّارَةُ، أَوْ قُلْنَا: يَنْحَلُّ بِهِ الْيَمِينُ، وَإِلَّا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الطَّلَبَ لَا يَنْقَطِعُ^(٢)، وَلَوْ جُنَّ، فَوُطِئَ فَالْتَصَّ أَنَّهُ يَنْحَلُّ يَمِينَهُ، وَلَا كَفَّارَةَ^(٣)، فَيَنْقَطِعُ الْإِيْلَاءُ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنَ النَّاسِي، فَيَكُونُ تَفْصِيلُهُ كَتَفْصِيلِ الْمُكْرَهِ، وَإِذَا جُنَّ الرَّجُلُ، لَمْ تَنْقَطِعِ الْمُدَّةُ^(٤) وَلَكِنْ لَا يُطَالَبُ قَبْلَ الْإِفَاقَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَمْتِنَاعُهُ لِأَجْلِ الْيَمِينِ.

وَلَوْ قَالَ الرَّجُلُ: وَطِئْتُ قَبْلَ الْمُدَّةِ، فَأَنْكَرْتُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ^(٥)؛ كَمَا فِي الْعُنَّةِ؛ عَلَى خِلَافِ قِيَاسِ الْخُصُومَاتِ، فَلَوْ طَلَّقَهَا وَأَرَادَ الرَّجْعَةَ بِدَعْوَى الْوُطْءِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، لَمْ يُمْكَنْ، وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا فِي نَفْيِ الْعِدَّةِ وَالْوُطْءِ؛ عَلَى قِيَاسِ الْخُصُومَاتِ.

-
- (١) قال الرافعي: «ولا يحصل بنزولها عليه» هذا وجه، والأصح حصول العنة بنزولها عليه توجيهاً فإن أخذ صاحب الحق حقه كتسليم من عليه الحق. [ت]
- (٢) قال الرافعي: «ولا فالصحيح أن الطلب لا ينقطع» الذي رجحه غيره الانقطاع لوصلها إلى حقه، واندفاع الضرر. [ت]
- (٣) قال: «ولو جُنَّ فوطئ» فالتص أنه ينحل يمينه، ولا كفارة» سكت الجمهور عن حكاية نصه على الانحلال، نعم نص على أنه يخرج عن الإيلاء، ولا يلزم من الخروج عن الإيلاء الانحلال، كما في نزولها عليه، [ت]
- (٤) قال الرافعي: «وإذا جن الرجل لم تنقطع المدة». مكرر مذكور في الحكم الأول قال: وكذلك مرضه وحبسه وجنونه [ت].
- (٥) قال الرافعي: «ولو قال الرجل: وطئت قبل المدة فأنكرت، فالقول قوله»، الصورة المذكورة في فصل العنة حيث قال هناك: إلا في موضعين. أحدهما في مدة العنة [ت].

(كِتَابُ الظَّهَارِ^(١)، وَفِيهِ بَابَانِ)

(الْأَوَّلُ فِي أَزْكَانِهِ)، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

(الْأَوَّلُ): الْمُظَاهَرُ، وَالْمُظَاهَرُ عَنْهَا، وَكُلُّ مَنْ يَصِيحُ الطَّلَاقَ بَيْنَهُمَا يَصِيحُ الظَّهَارَ (ح م)، فَيَصِيحُ ظَهَارَ الذَّمِّيِّ (ح)، وَالظَّهَارُ عَنِ الرَّجْعِيَّةِ، وَتَكُونُ (و) الرَّجْعَةُ عَوْدًا، وَيَصِيحُ ظَهَارَ الْمَجْبُوبِ، بِخِلَافِ الْإِيْلَاءِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ)، وَهُوَ قَوْلُهُ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، أَوْ كَأُمِّي، أَوْ مَعِي، أَوْ عِنْدِي، أَوْ مَنِّي كَظْهَرِ أُمِّي، وَالْكُلُّ صَرِيحٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَرَكَ الصَّلَاةَ، وَقَالَ: أَنْتِ كَظْهَرِ أُمِّي، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَلَمْ يَقُلْ: مَنِّي، أَمَّا لَوْ قَالَ: كَشَعْرِ أُمِّي، أَوْ يَدَيْهَا، أَوْ رِجْلَيْهَا، فَهُوَ ظَهَارٌ (ح)؛ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَوْ قَالَ: كَعَيْنِ أُمِّي، وَرُوحِهَا، أَوْ كَأُمِّي، وَأَرَادَ الْكَرَامَةَ، فَلَيْسَ بِظَهَارٍ، وَإِنْ قَصَدَ الظَّهَارَ (و)، فَظَهَارٌ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَوَجْهَانِ.

وَالرَّأْسُ كَالْعَيْنِ أَوْ كَالْيَدِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُذَكَّرُ لِلْكَرَامَةِ أَيْضًا، وَلَوْ قَالَ: يَدُكَ أَوْ نِصْفُكَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، فَهُوَ ظَهَارٌ؛ عَلَى الْجَدِيدِ (ح)، وَكَذَا الْإِيْلَاءُ، إِذَا أَضَافَهُ إِلَى بَعْضِهَا، أَنْعَقَدَ، وَكُلُّ مَا يَقْبَلُ التَّغْلِيْقُ يُكْمَلُ بَعْضُهُ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الْمُشَبَّهُ بِهَا)، وَهِيَ الْأُمُّ وَيُقْتَصَرُ عَلَيْهَا؛ فِي الْقَوْلِ الْقَدِيمِ.
وَعَلَى قَوْلٍ آخَرَ، لَا يَلْحَقُ بِهَا إِلَّا الْجَدَاتُ.

(١) الظهار لغة: التظاهر، والتظاهر: عبارة عن قول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، مشتق من الظهر، وخصصوا الظهر دون غيره؛ لأنه موضع الركوب، والمرأة مركوبة إذا غشيت، فكانه إذا قال: أنت علي كظهر أمي، أراد: ركوبك للنكاح حرام علي، كركوب أمي للنكاح، فأقام الظهر مقام الركوب؛ لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النكاح؛ لأن النكاح راكب. وهذا من استعارات العرب في كلامها.
ينظر: تاج العروس: ٣/٣٧٣، الصحاح: ٢/٧٣٠، المصباح المنير: ٢/٥٩٠، المغرب: ٢٩٩.
واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: تشبيه المسلم زوجته، أو جزءاً شائعاً منها، بمحرم عليه تأييداً.
عرفه الشافعية بأنه: تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلاً.
عرفه المالكية بأنه: تشبيه المسلم المكلّف من تحلّ أو جزأها بظهور محرم أو جزئه.
عرفه الحنابلة بأنه: هو أن يشبه امرأته أو عضواً منها بظهور من تحرم عليه على التأييد، أو بها أو بعضو منها.

انظر: حاشية ابن عابدين: ٢/٥٧٤، شرح فتح القدير: ٤/٢٤٥، ٢٤٦ مجمع الأنهر: ١/٤٤٦،
المهذب: ٢/١٤٣ المحلى على المنهاج: ٤/١٤، مواهب الجليل: ٤/١١١، الخرشى: ٤/١٠١، حاشية
الدسوقي: ٢/٤٣٩، الإصناف: ٩/١٩٣، المغني: ٣/٢٥٥.

وَعَلَى قَوْلٍ آخَرَ، يُلْحَقُ بِهَا كُلُّ مُحَرَّمَةٍ عَلَى التَّأْيِيدِ؛ بِسَبَبٍ، أَوْ رِضَاعٍ، أَوْ صِهْرٍ.

وَعَلَى قَوْلٍ رَابِعٍ^(١)، لَا يُلْحَقُ الصَّهْرُ، وَلَا مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ عَاهَدَتْ مُحَلَّلَةً.

وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَأَجْنَبِيَّةٍ، لَمْ يَكُنْ ظَهَارًا؛ لِأَنَّ التَّخْرِيمَ غَيْرُ مَوْثِقٍ، وَكَذَلِكَ الْمُلَاعَنَةُ، وَإِنْ تَأَبَّدَ تَحْرِيمُهَا، فَلَيْسَتْ كَالْأُمِّ؛ إِذْ لَا مَحَرَّمَاتٍ، أَمَّا قَوْلُهُ: أَنْتِ كَظَهْرِ أَبِي، فَهُوَ لَاحِظٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مُحَلَّلًا لِلِاسْتِخْلَالِ.

وَيَقْبَلُ الظَّهَارُ التَّغْلِيْقَ؛ فَلَوْ قَالَ: إِذَا ظَاهَرْتُ مِنْ فُلَانَةٍ الْأَجْنَبِيَّةِ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، صَحَّ، فَإِذَا نَكَحَ الْأَجْنَبِيَّةَ، وَظَاهَرَ عَنْهَا، حَنْتَ (و)، وَإِنْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْتُ عَنْهَا، وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ، فَهُوَ لَعَوْدٌ (و)، وَهُوَ كَقَوْلِهِ: إِنْ بَعَثَ الْحَمْرُ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مَتَّصِرٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي، وَأَرَادَ التَّأْيِيدَ، لَمْ يَكُنْ ظَهَارًا، وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ بِآخِرِ كَلَامِهِ، نَفَذَ إِنْ كَانَ رَجْعِيًّا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ حَرَامٌ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، وَأَرَادَ مُجَرَّدَ الطَّلَاقِ، أَوْ مُجَرَّدَ الظَّهَارِ، كَانَ كَمَا نَوَيْ، وَلَوْ نَوَاهُمَا جَمِيعًا، فَلَا سَبِيلَ إِلَى الْجَمْعِ، فَيَمْلِكُ الطَّلَاقُ لِقُوَّتِهِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيُعْلَبُ الظَّهَارُ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ صَرِيحٌ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَخْتَارَ أَحَدُهُمَا؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ الطَّلَاقَ بِالْحَرَامِ، وَالظَّهَارَ بِآخِرِ الْكَلَامِ، كَانَ كَمَا نَوَيْ، وَلَوْ عَكَسَ ذَلِكَ، لَمْ يَخْصُلِ الطَّلَاقُ بِلَفْظِ الظَّهَارِ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ، وَيَخْصُلُ الظَّهَارُ، وَلَوْ قَالَ: لَمْ أَقْصِدْ إِلَّا تَحْرِيمَ عَيْنِهَا، لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ^(٢)، وَيَلْزَمُهُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي حُكْمِ الظَّهَارِ، وَلَهُ حُكْمَانِ)

(أَحَدُهُمَا) أَنَّهُ يُحْرَمُ الْجَمَاعُ عِنْدَ الْعَوْدِ تَحْرِيمًا مَمْدُودًا إِلَى التَّخْفِيرِ، سَوَاءٌ كَانَتْ الْكَفَّارَةُ بِالْإِطْعَامِ [ح]^(٣)، أَوْ بغيرِهِ، وَهَلْ يَحْرُمُ اللَّمْسُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٤):

(أَحَدُهُمَا): نَعَمْ؛ كَمَا تَحْرُمُ الرَّجْعِيَّةُ، وَالْمَحْرَمَةُ، وَالْمُعْتَدَّةُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ، وَالْمُسْتَبْرَأَةُ بِمَلِكِ الْيَمِينِ.

(وَالثَّانِي): لَا؛ كَمَا تَحْرُمُ الْحَائِضُ وَالصَّائِمَةُ.

وَعَلَى هَذَا، هَلْ يَحْرُمُ الْأَسْتِمْنَاعُ بِمَا تَحْتَ الشَّرَّةِ وَقَوْفُ الرُّكْبَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، كَمَا فِي الْحَائِضِ.

(الثَّانِي) وَجُوبُ الْكَفَّارَةِ بِالْعَوْدِ، وَالْعَوْدُ هُوَ إِمْسَاكُهَا عَقِبَ الظَّهَارِ، وَلَوْ لَخَطَّةً، وَذَلِكَ بِأَلَّا يَنْقَطِعَ نِكَاحُهَا، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا، أَوْ جُنَّ الزَّوْجُ، أَوْ قَطَعَ بِطَّلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَجْعِيٍّ مِنْ غَيْرِ رَجْعَةٍ، أَوْ

(١) قال الرافعي: «وعلى قول: يلحق بها كل محرمة على التأيد بنسب أو رضاع وعلى قول رابع» إلى آخره وقيل: الخلاف في التشبيه بالمحرمات بالرضاع والمصاهرة وجه لا قول. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: لم أقصد إلا تحريم عيناها لم تحرم عليه لا حاجة إلى قوله: لم يحرم» ههنا، وقد سبق ذلك في الطلاق. [ت]

(٣) سقط من أ.

(٤) قال الرافعي: «وهل يحرم اللبس فيه قولان» قيل: هما وجهان. [ت]

بِشَرَائِهَا (و)، وَهِيَ رَقِيقَةٌ، أَوْ بِاللَّعَانِ عَنْهَا عَقِيبُهُ، أَوْ بِالْبِدَارِ إِلَى فِعْلِهِ، كَانَ قَدْ عَلَّقَ عَلَيْهِ الطَّلَاقَ مِنْ قَبْلُ، فَلَيْسَ بِعَائِدٍ، وَلَا كَفَّارَةً، وَالْأَشْتِغَالُ بِأَسْبَابِ الشَّرَاءِ، أَوْ رَفْعُ الْأَمْرِ إِلَى الْقَاضِي فِي اللَّعَانِ، هَلْ يَرْفَعُ الْعَوْدَ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ طَلَّقَ طَلَقًا رَجْعِيًّا، ثُمَّ رَاجَعَ، فَعَيْنُ الرَّجْعَةِ عَوْدٌ (و).

وَلَوْ أَرْتَدَّ، فَعَيْنُ الْإِسْلَامَ لَيْسَ بِعَوْدٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَبَانَهَا، ثُمَّ جَدَّدَ النِّكَاحَ، لَمْ يَكُنْ عَائِدًا، وَإِنْ قُلْنَا بِعَوْدِ الْحِنْثِ، مَهْمَا طَلَّقَ عَقِيبَ النِّكَاحِ وَالْإِسْلَامَ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ؛ أَنَّهُ كَالرَّجْعَةِ، وَلَوْ عَلَّقَ الظَّهَارَ بِفِعْلٍ غَيْرِهِ، فَفَعَلَ، وَلَمْ يَعْرِفْ، لَا يَصِيرُ عَائِدًا حَتَّى يَعْرِفَ، وَلَا يُطَلَّقَ عَقِيبُهُ، وَإِنْ عَلَّقَ بِفِعْلٍ نَفْسِهِ، فَفَعَلَ، وَلَمْ يُطَلَّقْ، كَانَ عَائِدًا، وَإِنْ كَانَ قَدْ نَسِيَ الظَّهَارَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْذُورٍ فِي نِسْيَانِ الظَّهَارِ، وَمَهْمَا عَادَ، وَلَزِمَتْ الْكُفَّارَةُ، لَمْ يَسْقُطْ بِالطَّلَاقِ الْمُبَيَّنِّ بَعْدَهُ، وَلَوْ جَدَّدَ النِّكَاحَ، كَانَ التَّخْرِيمُ مُسْتَمِرًّا، وَإِنْ لَمْ تَنْقُضِ بِعَوْدِ الْحِنْثِ؛ لِأَنَّ التَّخْرِيمَ قَدْ سَبَقَ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا، فَفِي تَخْرِيمِهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ خِلَافٌ (و).

فُرُوعُ: (الْأَوَّلُ): لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، قِيلَ: (وَح) إِنَّهُ يَلْغُو التَّائِبُ^(١).

وَقِيلَ: يَصِيحُ مُؤَيَّدًا (م) كَالطَّلَاقِ.

وَقِيلَ: يَصِيحُ مُوقَّتًا، وَهُوَ الْأَصَحُّ، ثُمَّ لَا يَكُونُ عَائِدًا بِمُجَرَّدِ الْإِمْسَاكِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَظِرُ حَلًّا بَعْدَ الْمُدَّةِ، وَلَكِنْ بِالْوَطْءِ قَبْلَ خَمْسَةِ أَشْهُرٍ يَصِيرُ عَائِدًا، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ الْوَطْءُ، فَإِنْ وَطِئَ، فَعَلَيْهِ التَّرْجُ عَقِيبُهُ.

وَقِيلَ بِالْوَطْءِ يَتَبَيَّنُ الْعَوْدُ عَقِيبَ الظَّهَارِ؛ فَيَكُونُ الْوَطْءُ الْأَوَّلُ أَيْضًا حَرَامًا.

(الثَّانِي): لَوْ قَالَ لِأَزْوَاجِ نِسْوَةٍ: أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، فَإِنْ أَمْسَكَ الْكُلَّ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ؛ فِي قَوْلٍ، وَأَزْوَاجُ كَفَّارَاتٍ، فِي قَوْلٍ، فَإِنْ قُلْنَا: كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ طَلَّقَ ثَلَاثًا، لَزِمَتْهُ (و) الْكُفَّارَةُ لِإِمْسَاكِ الرَّابِعَةِ، وَلَوْ ظَاهَرَ عَنْهُنَّ بِأَزْوَاجِ كَلِمَاتٍ عَلَى التَّوَالِي، صَارَ عَائِدًا إِلَى الثَّلَاثِ فَعَلِيهِ ثَلَاثُ كَفَّارَاتٍ، إِنْ طَلَّقَ الْأَخِيرَةَ عَلَى الْإِثْصَالِ، وَإِلَّا فَأَزْوَاجُ كَفَّارَاتٍ، وَلَوْ كَوَّرَ لَفْظَ الظَّهَارِ عَلَى وَاحِدَةٍ، وَأَرَادَ التَّأْكِيدَ، لَمْ يَكُنْ عَائِدًا بِأَشْتِغَالِهِ بِلَفْظِ التَّأْكِيدِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ^(٢)، وَإِنْ قَصَدَ تَكْرِيرَ الظَّهَارِ، كَانَ أَوَّلَى بِأَنْ يَكُونَ عَائِدًا، ثُمَّ فِي تَعَدُّدِ الْكُفَّارَةِ مَعَ اتِّحَادِ الْمَحَلِّ خِلَافٌ، فَإِنْ لَمْ نَعُدِّدْ، فَلَا فَايِدَةٌ لِلثَّانِي، وَإِنْ عُدَّدْنَا، فَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ، إِنْ لَمْ يُطَلَّقْ عَقِيبَ الثَّانِي.

وَلَوْ كَوَّرَ الظَّهَارَ بَعْدَ تَحْلُلِ فَضْلٍ، وَقَالَ: أَرَدْتُ التَّأْكِيدَ، قِيلَ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)؛ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ.

(الثَّالِثُ): إِذَا قَالَ: إِنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ عَلَيْكَ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، فَإِنَّمَا يَصِيرُ مُظَاهِرًا عِنْدَ الْيَأْسِ

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي خمسة أشهر قيل: إنه يلغو التائيب إلى آخره» هذه أقوال.

[ت]

(٢) قال الرافعي: لو كرر الظهار بعد تخلل فصل، وقال: أردت التأكيد قيل على الأظهر إنه لا يقبل، لأن الظاهر أنه يصير منشأ كالطلاق. [ت]

(و) وَذَلِكَ بِالْمَوْتِ، فَإِنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ قُبِيلَ الْمَوْتِ صَارَ مُظَاهِراً عَائِداً؛ فَعَلِيهِ الْكَفَّارَةُ.

وَقِيلَ: صَارَ مُظَاهِراً لَّا عَائِداً^(١)؛ لِأَنَّهُ مَاتَ عَقِيبَ صَيْرُورَتِهِ مُظَاهِراً.

وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، ثُمَّ أَعْتَقَ عَنِ الظَّهَارِ قَبْلَ الدُّخُولِ، لَمْ يُجْزِهِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَوَاللهِ، لَا أَكَلِّمُكَ، ثُمَّ أَعْتَقَ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَقِيلَ: يُجْزَىء؛ لِأَنَّ التَّغْلِيْقَ أَحَدُ الْأَسْبَابِ.

(١) قال الرافعي: «فإنه عند ذلك تبين أنه قبل الموت صار مظاهراً عائداً، فعليه الكفارة وقيل: صار مظاهراً لا عائداً» السياق يُشعرُ بترجيح الوجه الأول، والأظهر الثاني. [ت]

كِتَابُ الْكُفَّارَاتِ، وَهِيَ ثَلَاثُ خِصَالٍ:

(الأولى: العتق)، وَلَا يُجْزَى فِي الظَّهَارِ إِلَّا رَقَبَةٌ مُؤَمَّنَةٌ، (ح) سَلِيمَةٌ كَامِلَةُ الرَّقِّ، خَالِيَةٌ عَنِ شَوْبِ الْعَوَضِ، وَتَجِبُ الثَّيَّةُ فِي الْكُفَّارَةِ، وَلَا يَجِبُ (ح) تَغْيِينُ الْجِهَاتِ، وَيَصْحُ الْإِغْتَاقُ (ح)، وَالْإِطْعَامُ مِنَ الذَّمِّ بِغَيْرِ نِيَّةٍ؛ تَغْلِيْبًا لِحِجَةِ الْغَرَامَاتِ، وَلَا يَصْحُ الصَّوْمُ؛ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ مَخْصُةٌ، وَإِنْ أَخْطَأَ فِي تَغْيِينِ الْجِهَةِ، فَعَلَيْهِ إِعَادَةُ الْكُفَّارَةِ، وَلَا تُغْنِي بِالسَّلِيمَةِ السَّلَامَةُ عَنِ الْعُيُوبِ الْقَادِحَةِ فِي الْمَالِيَّةِ، بَلْ مَا يُؤَثِّرُ فِي الْعَجْزِ عَنِ الْعَمَلِ تَأْثِيرًا ظَاهِرًا، فَلَا يُجْزَى الرِّزْمُ، وَالْأَقْطَعُ (ح)، وَالْأَغْمَى، وَالْمَجْنُونُ، وَالْهَرَمُ [و] العاجز، وَالْمَرِيضُ الَّذِي لَا يُرْجَى زَوَالُهُ، فَإِنْ زَالَ، هَلْ يَتَبَيَّنُ وَقُوعُهُ مَوْقَعَةً؟ فِيهِ خِلَافٌ وَيُجْزَى الْأَقْرَعُ، وَالْأَعْرَجُ، وَالْأَعْوَرُ، وَالْأَصَمُّ (ح)، وَالْأَخْرَسُ (و) (ح) الَّذِي يَهْمُ الْإِشَارَةَ، وَمَقْطُوعُ أَصَابِعِ الرَّجْلِ (ح)، وَمَقْطُوعُ أَنْثَلَةٍ وَاحِدَةٍ مِنَ الْيَدِ، لَا مِنَ الْإِبْهَامِ، وَمَقْطُوعُ الْخَنْصِرِ أَوْ الْبَنْصِرِ، دُونَ مَقْطُوعِهِمَا جَمِيعًا مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ، وَدُونَ مَقْطُوعِ الْإِبْهَامِ وَالْوَسْطَى، أَوْ الْمُسَبَّحَةِ، وَيُجْزَى الْمَرِيضُ الَّذِي يُرْجَى زَوَالُ مَرَضِهِ، فَإِنْ مَاتَ، فَفِي لَزُومِ الْإِعَادَةِ خِلَافٌ، وَيُجْزَى الصَّغِيرُ، وَلَا يُجْزَى الْجَنِينُ.

(وَأَمَّا) كَمَالُ الرَّقِّ، فَاخْتَرْنَا بِهِ عَنِ الْمُسْتَوْلَدَةِ وَالْمُكَاتَبَةِ (ح) كِتَابَةً صَحِيحَةً؛ فَإِنَّهُمَا لَا يُجْزَوَانِ، وَالْمُكَاتَبَةُ كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ تُجْزَى (و)، وَعَتَقَ الْمَرْهُونَ وَالْحَاجِيَّ يُجْزَى، إِنْ نَقَذْنَاهُ، وَيُجْزَى نِصْفَانِ مِنْ عَبْدٍ وَاحِدٍ فِي دَفْعَتَيْنِ، وَهَلْ يُجْزَى نِصْفَا عَبْدَيْنِ؟ فِيهِ خِلَافٌ وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ، وَقَالَ: عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفٌ مِنْ كُلِّ عَبْدٍ (و)، أَجْزَأُهُ، وَلَوْ أَعْتَقَ الْمُوسِرُ نِصْفًا مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ، وَنَوَى صَرْفَ الْكُلِّ إِلَى الْكُفَّارَةِ، أَنْصَرَفَ إِنْ قُلْنَا: يَتَنَجَّرُ الْعِتْقُ، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّوَقُّفِ إِلَى الْأَدَاءِ، وَنَوَى عِنْدَ الْأَدَاءِ النُّصْفَ الْأَخِيرَ، أَجْزَأُهُ (و)، وَإِنْ نَوَى النُّصْفَيْنِ عِنْدَ اللَّفْظِ دُونَ الْأَدَاءِ، لَمْ يُجْزِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْعَبْدُ الْغَائِبُ الْمُتَقَطِّعُ الْخَبَرِ لَا يُجْزَى؛ عَلَى الْقَوْلِ الْمَنْصُوصِ، وَإِنْ وَجِبَ إِخْرَاجُ الْفِطْرَةِ عَنْهُ، وَفِيهِمَا قَوْلٌ مُحَرَّجٌ، وَالْعَبْدُ الْمَغْضُوبُ يُجْزَى (و).

(وَأَمَّا) قَوْلُنَا: «خَالَ عَنِ شَوَائِبِ الْعَوَضِ»: أَرَدْنَا بِهِ؛ أَنَّهُ لَوْ أَغْتَقَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ عَلَى أَنْ يَرَدَّ دِينَارًا، عَتَقَ (و)، عَنِ الْكُفَّارَةِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنْ كَفَّارَتِكَ، وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فَأَعْتَقَ، لَمْ يَنْصَرَفْ إِلَى الْكُفَّارَةِ، وَعَتَقَ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الْأَلْفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَا لِيَتِمَّاسِ الْعِتْقِ صُورٌ.

فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ مُسْتَوْلَدَتَكَ عَلَى أَلْفٍ، فَأَعْتَقَ، اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ، وَهُوَ فِدَاءٌ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ فِي الْعَبْدِ الْقِنْ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ مُسْتَوْلَدَتَكَ عَنِّي عَلَى أَلْفٍ، فَأَعْتَقَ عَنْهُ، نَقَذَ عَنِ الْمَالِكِ،

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ط.

وَلَمْ يَسْتَحِقَّ الْعِوَضَ (و)، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي مَجَانًّا فَأَعْتَقْتُ، نَقَذَ (ح) وَلَا عِوَضَ، وَلَوْ شَرَطَ عِوَضًا، أَسْتَحَقُّ، وَلَوْ أَطْلَقَ، فَهَلْ يَقْتَضِي الْعِوَضُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فَأَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي بِأَلْفٍ، فَأَعْتَقْتُ فِي الْغَدِ، نَقَذَ، وَأَسْتَحَقُّ، وَإِنْ قَالَ: عَبْدِي عَنْكَ حُرٌّ بِأَلْفٍ، إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فَقَالَ: قَبِلْتُ، فَهَذَا كَتَغْلِيْقِ الْخُلْعِ، وَقَدْ سَبَقَ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ عَنِّي عَلَى خَمْرٍ أَوْ مَغْصُوبٍ، نَقَذَ وَرَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الْمِثْلِ، وَلَمْ يَضُرَّ فَسَادُ الْعِوَضِ؛ كَمَا فِي الْخُلْعِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ، وَإِنْ تَرَتَّبَ عَلَى مِلْكِ الْمُسْتَدْعَى، فَهُوَ مِلْكٌ ضَمْنِيٌّ لَا يَسْتَدْعِي الشَّرَاطَ؛ وَكَذَلِكَ لَا يَسْتَدْعِي الْقَبْضُ فِي الْإِعْتَاقِ عَنْهُ مَجَانًّا، وَيَحْصُلُ الْمِلْكُ عَقِيبَ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ وَالْعِتْقِ مُرْتَبًا عَلَيْهِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوُجُوهِ.

وَقِيلَ: يَحْصُلُ الْمِلْكُ قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنْ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ، وَهُوَ بَعِيدٌ.

(الْخُصْلَةُ الثَّانِيَّةُ: الصِّيَامُ)، وَيَجُوزُ الْعُدُولُ إِلَيْهِ لِمَنْ يَتَعَسَّرُ عَلَيْهِ الْعِتْقُ، فَإِنْ مَلَكَ عَبْدًا وَهُوَ مُخْتَاجٌ إِلَى خِدْمَتِهِ؛ لِمَرَضِهِ، أَوْ لِمَنْصَبِهِ (ح) الَّذِي يَأْتِي بِمُبَاشَرَةِ الْأَعْمَالِ، فَلَهُ (ح) الصَّوْمُ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَلَكَ دَارًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي اتِّسَاعِ خُطْبَتِهَا زِيَادَةٌ يُسْتَغْنَى عَنْهَا، وَلَوْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ نَفْسَةً، أَوْ عَبْدٌ نَفِيسٌ، أَلْفَ خِدْمَتِهِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْبَيْعُ (ح م) ^(١) وَعَلَى هَذَا لَا يَنْبَعْدُ إِلَّا يَكْلَفَ بَيْعَ رَأْسِ مَالِهِ، وَضَمِنَتْهُ الَّتِي تُلْحَقُهُ بِالْمَسْكِينِ الَّذِي يَأْخُذُ الصَّدَقَةَ ^(٢) وَالْمَالُ الْغَائِبُ لَا يُجُوزُ الْعُدُولُ إِلَى الصَّوْمِ، لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ عَلَى التَّرَاخِي، وَيُمْكِنُ أَدَاؤُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَالْأَعْيَارُ فِي الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ بِوَقْتِ الْوُجُوبِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَبِوَقْتِ الْأَدَاءِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَيُعْتَبَرُ أَغْلَظُ (ح) الْحَالَيْنِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَإِذَا أَغْتَبَرْنَا وَقْتَ الْوُجُوبِ، فَأَيَّسَرَ بَعْدَ الشَّرُوعِ فِي الصَّوْمِ، لَمْ يَلْزَمُهُ الْعِتْقُ (و ح)، وَلَوْ تَكَلَّفَ الْمُعْسِرُ الْإِعْتَاقَ، جَازَ، عَلَى قَوْلٍ.

وَالْعَبْدُ إِذَا عَتَقَ، فَأَيَّسَرَ قَبْلَ الصَّوْمِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ الْإِعْتَاقُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ ^(٣)، فَلَا يَتَصَوَّرُ مِنْهُ الْإِعْتَاقُ وَالْإِطْعَامُ، وَلَا يَصُومُ الْعَبْدُ إِلَّا بِرِضَا السَّيِّدِ، إِلَّا إِذَا كَانَ قَدْ حَلَفَ، وَحَنَثَ بِإِذْنِهِ، وَإِنْ حَلَفَ بِإِذْنِهِ، وَحَنَثَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَسْتَقِلَّ بِالصَّوْمِ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ، فَوَجْهَانِ.

وَمَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ وَنَصَفَهُ عَبْدٌ، فَهُوَ كَالْأَحْرَارِ ^(٤) (ح).

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وَضَمِنَتْهُ الَّتِي تُلْحَقُهُ بِالْمَسْكِينِ الَّذِي يَأْخُذُ الصَّدَقَةَ» قوله: «الَّذِي يَأْخُذُ الصَّدَقَةَ» للإيضاح وفي لفظ «المسكين» غنية عنه. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ عَلَى الْجَدِيدِ» مذكور في مداينة العبيد، وأعادته ههنا ليبين أنه لا يتصور منه التكفير بالإعتاق والإطعام تفريعاً عليه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وَمَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ وَنَصَفَهُ عَبْدٌ فَهُوَ كَالْأَحْرَارِ فِي الْكَفَّارَةِ وَهُوَ مُعَادٌ فِي كِتَابِ الْإِيمَانِ». [ت]

وَأَمَّا حُكْمُ الصَّوْمِ، فَهُوَ أَنَّهُ تَجِبُ فِيهِ نِيَّةُ الْكَفَّارَةِ بِاللَّيْلِ، وَلَا يَجِبُ (ح) تَعْيِينُ جِهَةِ الْكَفَّارَةِ، وَهَلْ تَجِبُ نِيَّةُ التَّائِبِ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و).

وَإِذَا مَاتَ، لَمْ يَصُمْ عَنْهُ وَلَيْتَهُ؛ عَلَى الْجَدِيدِ^(١)، وَيَصُومُ شَهْرَيْنِ بِالْأَهْلَةِ، فَإِنْ انْكَسَرَ الشَّهْرُ الْأَوَّلُ، صَامَ أَحَدَ الشَّهْرَيْنِ بِالْهَلَالِ (ح)، وَتَمَّمَ الْمُنْكَسِرَ ثَلَاثِينَ، وَلَا يَنْقَطِعُ (ح) التَّائِبُ بِوَطْءِ الْمُظَاهِرِ لَيْلًا، وَلَكِنْ يَغْصِي، وَيَنْقَطِعُ بِإِفْسَادِهِ يَوْمًا، وَلَوْ كَانَ الْيَوْمَ الْآخِرَ، فَيَجِبُ الْأَسْتِثْنَاءُ.

وَالْحَيْضُ لَا يَقْطَعُ التَّائِبَ، وَفِي الْمَرَضِ قَوْلَانِ، وَفِي السَّفَرِ قَوْلَانِ مُرَبَّنَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَقْطَعَ، وَنِسْبَانُ النِّيَّةِ يَقْطَعُ التَّائِبَ، وَلَوْ أَفْطَرَتْ عَلَى عَزْمٍ أَنْ تَسْتَأْنِفَ بَعْدَ زَوَالِ الْحَيْضِ الَّذِي لَا يَقْطَعُ التَّائِبَ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لَا يُغْصَى بِإِسْقَاطِ وَصْفِ الْفَرِيضَةِ مِنَ الصَّوْمِ السَّابِقِ.

(الْخُصْلَةُ الثَّلَاثَةُ: الْإِطْعَامُ)، وَهُوَ سِتُونَ مُدًّا (ح)، فِي كَفَّارَةِ الظَّهَارِ، وَالْقَتْلِ (و)، وَالْوِقَاعِ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ، بَدَلًا عَنْ صَوْمِ سِتِينَ يَوْمًا، وَيُضْرَفُ إِلَى سِتِينَ مِسْكِينًا، وَلَا يَكْفِي (ح) الصَّرْفُ إِلَى مِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي سِتِينَ يَوْمًا، وَجِنْسُهُ كَجِنْسِ زَكَاةِ الْفِطْرِ، وَيَجِبُ فِيهِ التَّمْلِيكُ، وَلَا يُجْزَى التَّغْدِيَةُ (ح) وَالتَّغْشِيَةُ، وَلَا يُعْدَلُ إِلَيْهِ إِلَّا بِعُذْرِ الْهَرَمِ أَوِ الْمَرَضِ الَّذِي يَدُومُ شَهْرَيْنِ (و)^(٢) وَأَمَّا الشَّبَقُ (و)، فَلَا يُرْخَصُ فِي تَرْكِ الصَّوْمِ؛ عَلَى الظَّاهِرِ^(٣).

(١) قال الرافعي: «وإذا مات لم يصم عنه وليه على الجديد» هذا قد سبق مرة في الصوم، وأخرى في الوصية. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يعدل إليه إلا بعذر الهرم أو المرض الذي يدوم شهرين» قضية كلام الأكثرين أنه لا يجوز الإطعام بمثل هذا المرض، بل يعتبر أن يكون لا يرجى زواله. [ت]

(٣) قال الرافعي «وأما الشبق فلا يرخص في ترك الصوم على الظاهر»، الأظهر عند الأكثرين خلافه. [ت]

(كِتَابُ اللَّعَانِ)^(١)

(وَالنَّظَرُ فِي الْقَذْفِ، ثُمَّ اللَّعَانِ، وَفِي الْقَذْفِ بَابَانِ):

(الْأَوَّلُ: فِي أَلْفَاظِ الْقَذْفِ، وَمُوجِبِهَا، وَفِيهِ فُضْلَانِ):

(الْأَوَّلُ فِي الْأَلْفَاظِ): وَصَرِيحُهَا أَنْ يَقُولَ: زَنَيْتَ أَوْ يَا زَانِي، وَكَذَلِكَ لَفْظُ النَّيْكِ وَإِبْلَاجِ الْحَشْفَةِ، وَالْكِنَايَةُ كَقَوْلِهِ لِلْقُرْشِيِّ: يَا نَبْطِي، فَإِنْ أَرَادَ الزَّانَا، فَهُوَ قَذْفٌ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْلِفَ كَاذِبًا عَلَى إِخْفَاءِ نَيْتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَخْلِفْ، فَلَهُ أَلَّا يَقْرَأَ بِالنِّتَةِ؛ حَتَّى لَا يُؤْذِيَ الْمَقْذُوفَ^(٢)، وَلَكِنَّ الْحَدَّ يَجِبُ عَلَيْهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَجِبَ الْأَعْتِرَافُ؛ لِتَوْفِيَةِ الْحَدِّ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: يَا ابْنَ الْحَلَالِ، وَأَمَّا أَنَا، فَلَسْتُ بِزَانٍ، فَهُوَ تَغْرِیضٌ (م) لَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَلَا صَرِيحٌ. ثُمَّ فِيهِ مَسَائِلٌ:

(إِحْدَاهَا): لَوْ قَالَ لَامْرَأَةً: زَنَيْتُ بِكَ، فَهَذَا إِفْرَازٌ وَقَذْفٌ، فَلَوْ قَالَ لِرَوْجَتِهِ: يَا زَانِيَّةُ، فَقَالَتْ: زَنَيْتُ بِكَ، وَأَرَادَتْ زَنَا قَبْلَ التَّكَاحِ، فَعَلَيْهَا حَدُّ الزَّانَا وَحَدُّ الْقَذْفِ، وَسَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الزَّوْجِ، وَإِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ نَفْيَ الزَّانَا؛ لِأَنِّي لَمْ يُجَامِعْنِي غَيْرُهُ فِي التَّكَاحِ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَيَبْقَى حَدُّ الْقَذْفِ عَلَى الزَّوْجِ.

(الثَّانِيَّةُ): لَوْ قَالَ: يَا زَانِيَّةُ، فَقَالَتْ أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي، فَلَيْسَتْ قَاذِفَةً؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْتَرِفْ بِزَنَا نَفْسِهَا، وَإِنْ قَالَتْ: زَنَيْتُ وَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي، فَقَاذِفَةٌ وَمُقَرَّرَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَنْتَ أَزْنَى النَّاسِ، لَمْ يَكُنْ قَاذِفًا، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ أَنْتَ أَزْنَى مِنْ فُلَانٍ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: زَنَى فُلَانٌ، وَأَنْتَ أَزْنَى مِنْهُ، أَوْ فِي النَّاسِ زُنَاةً، وَأَنْتَ أَزْنَى مِنْهُمْ، فَإِنْ كَانَ تَبَتْ زَنَا فُلَانٍ بِالنِّتَةِ، وَالْقَاذِفُ جَاهِلٌ بِهِ، فَهُوَ غَيْرُ قَاذِفٍ (و)، وَإِنْ كَانَ عَالِمًا، فَهُوَ قَاذِفٌ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ لِلرَّجُلِ: يَا زَانِيَّةُ، فَهُوَ قَاذِفٌ (ح و)، وَكَذَا لِلْمَرْأَةِ يَا زَانِي، وَلَوْ قَالَ: زَنَأْتَ

(١) اللعان لغة مصدر لاعن لعانا: إذا فعل ما ذكر، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر. قال الأزهري: وأصل اللعن: الطرد، والإبعاد. يقال: لعنه الله، أي: باعده.

ينظر: لسان العرب ٤٠٤٤/٥، المصباح المنير ٧٦١/٢. واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا من حقه.

(٢) قال الرافعي «فإن لم يحلف فله أَلَّا يقر بالنية حتى لا يؤذي المقذوف... إلى آخره» الكلام يميل إلى أنه لا يجب عليه الإقرار والإظهار، والمحكي عن الأصحاب خلافاً. [ت]

فِي الْجَبَلِ، وَأَرَادَ الرُّقِيَّ، فَلَيْسَ بِقَافٍ (ح)، وَلَوْ قَالَ: زَنَيْتَ فِي الْجَبَلِ، وَصَرَّحَ بِالْيَاءِ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الرُّقِيَّ، وَتَرَكْتُ الْهَمْزَ، قِيلَ؛ عَلَى وَجْهِهِ. وَلَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَى وَجْهِهِ.

وَيُفَرَّقُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، بَيْنَ الْجَاهِلِ وَالْبَصِيرِ بِاللُّغَةِ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ قَالَ: زَنَى فَوْجُكَ، فَهُوَ قَذْفٌ، وَلَوْ قَالَ: زَنَتْ عَيْنُكَ وَيَدُكَ، فَلَيْسَ بِقَذْفٍ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ^(١).

(الخَامِسَةُ): لَوْ قَالَ لَوْلَدِهِ: لَسْتَ ابْنِي، فَلَيْسَ بِقَافٍ، إِلَّا إِذَا نَوَى، وَالْأَخْبِيُّ لَوْ قَالَ ذَلِكَ، فَهُوَ قَافٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْسُنُ مِنْهُ قَضْدُ التَّأْدِيبِ بِذَلِكَ، وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالتَّقْلِ وَالْتَّخْرِيجِ، وَالْأَقْسُ أَنَّهُ كِنَايَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِلْوَلَدِ الْمَنْفِيُّ بِاللَّعَانِ: لَسْتَ مِنَ الْمَلَاعِنِ، فَهُوَ قَافٍ، إِنْ أَرَادَ تَصْدِيقَ الزَّوْجِ الْمَلَاعِنِ، فَإِنْ أَرَادَ النَّفْيَ الشَّرْعِيَّ، فَلَيْسَ بِقَافٍ، وَلَوْ قَالَ لِلْقُرَشِيِّ: لَسْتَ مِنْ قُرَيْشٍ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ أَنَّ وَاحِدَةً مِنْ أُمَّهَاتِهِ زَنَتْ، فَلَيْسَ بِقَافٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَيَّنْ، وَتَغْنِي بِالْقَذْفِ مُوجِبُ الْحَدِّ، أَمَّا التَّغْزِيرُ، فَيَجِبُ بِأَكْثَرِ هَذِهِ الْكَلِمَاتِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي مُوجِبِ الْقَذْفِ)، وَهُوَ التَّغْزِيرُ إِلَّا إِذَا قَدَفَ مُخَصَّنًا، فَمُوجِبُهُ ثَمَانُونَ جَلْدَةً، وَهُوَ الْحَدُّ، وَالْمُخَصَّنُ هُوَ الْمُكَلَّفُ الْمُسْلِمُ الْحُرُّ الْعَقِيفُ عَنِ الزَّنَا، وَيُسْقَطُ إِخْصَانُ الزَّنَا بِكُلِّ وَطْءٍ مُوجِبٍ لِلْحَدِّ، أَمَّا الْحَرَامُ الَّذِي لَا يُوجِبُ الْحَدَّ؛ كَوَطْءِ الْمَمْلُوكَةِ الْمُحَرَّمَةِ بِالرِّضَاعِ، أَوْ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، أَوْ جَارِيَةِ الْإِبْنِ، أَوْ الْمَنْكُوحَةِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ مِنَ الشَّفْعَوِيِّ، فَيُسْقَطُ الْإِخْصَانُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

أَمَّا الْوَطْءُ بِالشُّبْهَةِ، وَالْوَطْءُ فِي الصَّبَا، لَا يُسْقَطُ (و) عَلَى الْأَظْهَرِ (و).

وَأَمَّا وَطْءُ الْحَائِضِ وَالْمُخْرِمِ وَالصَّائِمِ، فَلَا يُسْقَطُ، وَلَا يُسْقَطُ (و) بِالقُبْلَةِ وَاللَّمْسِ (و) وَمُقَدَّمَاتِ الْوَطْءِ لِلزَّنَا، وَيُسْقَطُ (ز) بِالزَّنَا الطَّارِئِ (ز) بَعْدَ الْقَذْفِ، وَلَا يُسْقَطُ (ح) بِالرَّوْدَةِ الطَّارِئَةِ، وَإِذَا سَقَطَ الْإِخْصَانُ بِالزَّنَا مَرَّةً، لَمْ يَعُدَّ بِالْعَدَالَةِ بَعْدَهُ، وَلَوْ عَجَزَ الْقَافِذُ عَنِ الْبَيِّنَةِ، كَانَ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ يَمِينَ الْمَقْذُوفِ؛ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَزِنْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(٢)، وَلَوْ مَاتَ الْمَقْذُوفُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْحَدِّ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ (ح)، لَكِنْ يَخْتَصُّ بِالْعَصَبَاتِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَبِالْعَصْبَةِ الَّتِي تُزَوِّجُ دُونَ الْإِبْنِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَعُمُّ كُلَّ قَرِيبٍ بِالنَّسَبِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيُوزَعُّ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى؛ عَلَى وَجْهِهِ.

فَإِنْ عَفَا وَاحِدٌ، سَقَطَ الْجَمِيعُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَبَقِيَ الْجَمِيعُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَسَقَطَ حِصَّتُهُ؛ عَلَى وَجْهِهِ.

(١) قال الراعي: «ولو قال: زَنَتْ عَيْنُكَ وَيَدُكَ فليس بقذف على أظهر الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

(٢) قال الراعي: «لو عجز القاذف عن البيينة كان له أن يطلب يمين المقذوف على أنه لم يزن على أحد الوجهين» الأشهر أنهما قولان. [ت]

وَلِيَّ الْمَجْنُونِ الْمَقْدُوفِ قَبْلَ الْجُنُونِ لَا يَسْتَوْفِي حَدَّهُ إِلَى أَنْ يَمُوتَ، وَسَيِّدُ الْعَبْدِ لَا يَسْتَوْفِي التَّعْزِيرَ الْوَاجِبَ لِلْعَبْدِ فِي حَيَاتِهِ، وَيَسْتَوْفِيهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَيَسْتَحِقُّ الْعَبْدُ عَلَى السَّيِّدِ التَّعْزِيرَ، إِنْ قَذَفَهُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي قَذْفِ الْأَزْوَاجِ خَاصَّةً، وَفِيهِ فُصُولٌ: ^(١))

(الْأَوَّلُ: فِيمَا يُبِيحُ الْقَذْفَ، وَنَفْيَ النَّسَبِ)، فَقُولُ: الزَّوْجُ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي الْقَذْفِ، إِلَّا أَنَّهُ قَدْ يُبَاحُ لَهُ ذَلِكَ أَوَّلًا، وَقَدْ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَلَهُ دَفْعُ الْعُقُوبَةِ عَنْ نَفْسِهِ بِاللَّعَانِ، وَإِجَابَةُ عُقُوبَةِ (ح) الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ، ثُمَّ لِلْمَرْأَةِ الدَّفْعُ بِلَعَانِهَا ^(٢).

وَيُبَاحُ لِلزَّوْجِ الْقَذْفَ، إِذَا اسْتَيْقَنَ أَنَّهَا زَنْتٌ فِي نِكَاحِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ وَلَدَتْ؛ لِلتَّشْفِي، وَكَذَلِكَ لَوْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ؛ بِأَنْ اسْتَفْصَلَ بَيْنَ النَّاسِ؛ أَنَّهَا زَنْتٌ بِفُلَانٍ، وَأَنْضَمَّ إِلَيْهِ مَخِيلَةٌ؛ بِأَنْ رَأَاهَا مَعَ فِي خَلْوَةٍ، وَلَا يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِفْصَاةِ، وَلَا بِمُجَرَّدِ أَنْ يَرَاهَا مَرَّةً فِي خَلْوَةٍ إِلَّا أَنْ يَرَاهَا مَعَ تَحْتَ شِعَارٍ، أَوْ يَرَاهَا مَرَاتٍ كَثِيرَةً.

أَمَّا نَفْيُ الْوَلَدِ بِاللَّعَانِ، إِذَا يُبَاحُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، إِذَا تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ؛ وَعِنْدَ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَذْفُ وَاللَّعَانُ؛ حَتَّى لَا يَلْحَقَ بِهِ مَا لَيْسَ مِنْهُ، وَإِنَّمَا يَتَيَقَّنُ، إِذَا لَمْ يَطَّأَهَا، أَوْ أَتَتْ بِالْوَلَدِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْوَطْءِ، أَوْ لَاقَلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أَوْ وَطَّئَهَا (م)، وَعَزَلَ ^(٣)، فَإِنْ اسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ الْوَطْءِ بِخِيضَةٍ، وَرَأَى مَعَ ذَلِكَ مَخِيلَةَ الزَّوْجِ، جَارَ (و)، وَإِنْ لَمْ يَرَ الْمَخِيلَةَ، لَمْ يَجُزْ، عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا يَجُوزُ النَّفْيُ بِمُجَرَّدِ مُشَابَهَةِ الْوَلَدِ لِغَيْرِهِ فِي الْخَلْقِ وَالْقُنْحِ، وَالْحُسْنِ، فَإِنْ كَانَ الْأَبْوَانُ فِي غَايَةِ الْبَيَاضِ، وَالْوَلَدُ فِي غَايَةِ السَّوَادِ، أَوْ بِالْعَكْسِ، وَأَنْضَمَّ إِلَيْهِ مَخِيلَةُ الزَّوْجِ، جَارَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِذَا نَكَحَ الْمَشْرِقِيُّ مَغْرِبِيَّةً، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى اللَّعَانِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ (ح)؛ إِذْ لَا إِمْتِكَانَ، وَلَوْ أَتَتْ بِالْوَلَدِ لِزَمَانِ الْإِمْتِكَانِ، وَلَكِنْ رَأَاهَا تَزْنِي، وَأَرَادَ اللَّعَانُ، دُونَ نَفْيِ الْوَلَدِ؛ بِمُجَرَّدِ الْإِنْتِقَامِ، لَمْ يَجُزْ؛ عَلَى الْمَشْهُورِ (و)؛ نَظَرًا لِلْوَلَدِ؛ حَتَّى لَا تَطُولَ فِيهِ الْأَلْسِنَةُ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي أَزْكَانِ اللَّعَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الثَّمَرَةُ، وَالْقَذْفُ، وَالْأَهْلُ، وَاللَّفْظُ:

(الْأَوَّلُ: الثَّمَرَةُ)، وَهِيَ نَفْيُ النَّسَبِ، وَقَطْعُ النِّكَاحِ، وَدَفْعُ الْعُقُوبَةِ، وَدَفْعُ عَارِ الْكُذْبِ.

(١) قال الرافعي: «الباب الثامن من قذف الأزواج خاصة وفيه فصول» الوجه وفيه فصلان: وذكر الفصل الثالث

بين الركن الثالث والرابع بعيد عن الانتظام، وحقه أن يطرح ويقال: فروع متفرقة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وله دفع العقوبة عن نفسه باللعان، وإيجاب عقوبة الزنا على المرأة ثم للمرأة الدفع بلعانها» هذه الأحكام معادة في فضل أركان اللعان، وفي جوامع أحكامه، والمقصود ههنا بيان مفارقة الزوج للأجنبي، وكأنه قال: ولا أن له دفع العقوبة عن نفسه. [ت]

(٣) قال الرافعي: «أو لأقل من ستة أشهر أو وطئها وعزل» الصحيح عند الأصحاب أنه لا يجوز النفي بالعزل؛ لأنه قد يسبق الماء إلى الرحم وهو لا يشعر به. [ت]

وَيَجُوزُ اللَّعَانُ بِمُجَرَّدِ نَفْيِ النَّسَبِ، وَإِنْ سَقَطَتِ الْعُقُوبَةُ بِعَفْوِهَا، وَيَجُوزُ لِمُجَرَّدِ إِسْقَاطِ الْعُقُوبَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، سَوَاءٌ كَانَ حَدًّا أَوْ تَغْزِيرًا (و)، إِلَّا تَغْزِيرَ (ح) التَّأْدِيبِ، وَهُوَ أَنْ يُؤْذِيَهَا بِالْقَذْفِ بِرْزَا أَعْتَرَفَتْ بِهِ، أَوْ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ؛ فَإِنَّهُ لَا يُلَاعِنُ لِمُجَرَّدِ دَفْعِهِ؛ عَلَى أَسَدِ الْوَجْهَيْنِ^(١)؛ لِأَنَّهُ مُصَدِّقٌ؛ فَلَا مَعْنَى لِلْعَانِ، وَلَوْ عَفَّتْ عَنِ الْحَدِّ، وَلَا نَسَبَ، فَلَا يَنْفَعِي غَرَضٌ إِلَّا قَطَعَ النِّكَاحَ وَدَفَعَ عَارَ الْكَذِبِ وَالْإِنْتِقَامَ مِنْهَا، وَفِي جَوَازِ اللَّعَانِ لِمُجَرَّدِ هَذِهِ الْأَغْرَاضِ وَجْهَانِ، فَإِنْ سَكَتَتْ عَنْ طَلَبِ الْحَدِّ، وَمَا عَفَّتْ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ، وَهَذَا خِلَافٌ فِي أَنَّ طَلَبَهَا، هَلْ يُشْتَرَطُ لِلْعَانِ؟.

فَإِنْ كَانَتْ مَجْنُونَةً، فَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ، وَمَهْمَا قَصَدَ نَفْيَ الْوَلَدِ، لَمْ يَتَوَقَّفِ اللَّعَانُ عَلَى طَلَبِهَا قَطْعًا، إِنَّمَا ذَلِكَ فِي لِعَانٍ لِمُجَرَّدِ دَفْعِ الْعُقُوبَةِ^(٢)، وَلَوْ قَالَ: زَنَى بِي مَسْخُوحٌ، أَوْ هِيَ رَتْفَاءٌ، فَلَا لِعَانَ؛ لِأَنَّهُ كَاذِبٌ قَطْعًا، وَيُعَزَّرُ تَأْدِيبًا.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمُلَاعِنُ)، وَلَهُ شَرْطَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَهْلِيَّةُ الْيَمِينِ، فَيَصْحُحُ مِنْ كُلِّ مُكَلَّفٍ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا (ح)، أَوْ ذِمِّيًّا (ح)؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ ذِمِّيَّةً (ح)، وَلِكِنَّهَا إِنْ لَمْ تَرْضَ بِحُكْمِنَا، لَا تُجْبَرُ عَلَى اللَّعَانِ؛ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهَا إِلَّا حَدُّ الزَّنَا، وَهُوَ لِلَّهِ تَعَالَى، نَعَمْ، لَوْ رَضِيَتْ هِيَ، وَأَمْتَنَعَ الزَّوْجُ الذِّمِّيُّ، فَفِي إِجْبَارِهِ قَوْلَانِ؛ لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ ثَابِتٌ لَهَا.

(الشَّرْطُ الثَّانِي): الزَّوْجِيَّةُ؛ فَلَا لِعَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ، وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يَمْنَعُ اللَّعَانَ قَبْلَ الرَّجْعَةِ، وَلَوْ أَزْتَدَّ الزَّوْجُ، فَلَا عَنَ، وَعَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، تَبَيَّنَ صِحَّةُ اللَّعَانِ، وَلَوْ أَصَرَ، تَبَيَّنَ فَسَادُهُ، وَلَوْ وَطِنَهَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ شُبْهَةٍ، ثُمَّ قَذَفَهَا، وَكَانَ ثُمَّ وَلَدٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ، فَلَهُ اللَّعَانُ (ح)، وَيَنْدَفِعُ بِهِ الْحَدُّ، وَالنَّسَبُ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَأْبُدُ الْحُزْمَةُ، وَوُجُوبُ حَدِّ الزَّنَا عَلَيْهَا؛ حَتَّى يَخْتِاجَ إِلَى الدَّفْعِ بِلِعَانِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، فَلَا يُلَاعِنُ؛ كَالْأَجْنَبِيِّ، فَإِنْ ظَنَّ صِحَّةَ النِّكَاحِ، فَلَا عَنَ، فَيَنْدَفِعُ الْحَدُّ بِاللَّعَانِ الْفَاسِدِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِسُقُوطِ الْحَدِّ بِالشُّبْهَةِ؛ وَكَذَا يَسْقُطُ حَدُّ الْمُزْتَدِّ، إِذَا لَاعَنَ، وَأَصَرَ؛ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، فَإِنْ قَذَفَهَا، ثُمَّ أَبَانَهَا، لَاعَنَ [ح]^(٣) لِدَفْعِ النَّسَبِ، إِنْ كَانَ وَلَدٌ، وَإِلَّا فَيُلَاعِنُ لِدَفْعِ الْحَدِّ، وَإِنْ عَفَّتْ، فَلَا، وَإِنْ قَذَفَ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ، لَاعَنَ [ح]^(٤)، إِنْ كَانَ وَلَدٌ، وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ قَذَفَهَا

(١) قال الرافعي: «وهو أن يؤذيها بالقذف بزنا اعترفت به أو ثبت بالبينة، فإنه لا يلاعن لمجرد دفعه على أسد الوجهين» المشهور قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ومهما قصد نفى الولد لم يتوقف اللعان على طلبها قطعاً إنما ذلك في لعان لمجرد دفع العقوبة لا حاجة إلى ذكره، لأنه بين من قبل أنه يجوز اللعان لنفي الولد، وإن سقطت العقوبة، وإذا عرفنا جواز اللعان لينفي الولد حيث لا عقوبة، فتعرف أنه لا يتوقف اللعان على طلب العقوبة. [ت]

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

فِي النِّكَاحِ بَرِئًا قَبْلَ النِّكَاحِ، لَمْ يُلَاعِنَ [ح] (١)، إِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدًا، وَإِنْ كَانَ فَوْجَهَانِ؛ لِأَنَّهُ قَصَرَ بِذِكْرِ التَّارِيخِ.

(فُرُوعُ: الْأَوَّلُ) لَوْ لَاعَنَ، ثُمَّ أَبَانَهَا، وَقَذَفَهَا بِتِلْكَ الزَّئِيَةِ، فَلَا حَدَّ، وَعَلَيْهِ التَّعْزِيرُ، وَلَا لِعَانَ، وَإِنْ قَذَفَهَا بِزَئِيَةِ أُخْرَى؛ فَإِنْ كَانَتْ لَمْ تُلَاعِنَ، وَحُدَّتْ، لَمْ يَجِبِ الْحَدُّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِسُقُوطِ حَصَانَتِهَا بِتِلْكَ الزَّئِيَةِ بِمُوجِبِ لِعَانِهِ، وَإِنْ لَاعَنْتْ، وَجِبَ الْحَدُّ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذْ بَقِيَتْ حَصَانَتُهَا بِلِعَانِهَا، وَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ أَوَّلَى؛ لِأَنَّ أَوَّلَ لِعَانِ الزَّوْجِ لَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ.

(الثَّانِي): إِذَا قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً، ثُمَّ نَكَحَهَا، وَقَذَفَهَا، وَلَاَعَنَ، أُنْذِفَ الْحَدُّ الثَّانِي، أَمَّا الْأَوَّلُ فَيَسْتَوْفَى، وَلَا يَنْدَرُجُ تَحْتَ الْحَدِّ السَّاقِطِ بِاللِّعَانِ؛ وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّدَاخُلِ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْأَتْحَادِ يَجْرِي عِنْدَ الْإِسْتِيفَاءِ.

(الثَّلَاثُ): لَا يَنْفَى نَسَبُ مِلْكِ الْيَمِينِ بِاللِّعَانِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)؛ فَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ، فَاتَتْ بِوَلَدٍ لَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشَّرَاءِ، فَلَهُ اللَّعَانُ، وَإِنْ أُحْتِمِلَ، فَلَا لِعَانَ، فَلَوْ أَدَّعَى الْوَطْءَ فِي الْمِلْكِ وَالْإِسْتِيفَاءِ، لَمْ يَلْحَقْهُ نَسَبُ مِلْكِ الْيَمِينِ؛ لِلإِسْتِيفَاءِ، وَلَا بِالنِّكَاحِ؛ لِانْقِطَاعِ ذَلِكَ الْفِرَاشِ بِفِرَاشِ مِلْكِ الْيَمِينِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُ النِّكَاحِ؛ فَعَلَى هَذَا لَهُ التَّقْيُّ بِاللِّعَانِ.

(الرُّوْحَنُ الثَّلَاثُ: الْقَذْفُ)، وَهُوَ نِسْبَتُهَا إِلَى وَطْءٍ حَرَامٍ، فَلَوْ نَسَبَهَا إِلَى زَنَاءٍ هِيَ مُسْتَكْرَهَةٌ عَلَيْهِ، فَوْجَهَانِ، وَلَوْ كَانَ وَطْءٌ شُبْهَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَوْجَهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِمَنْعِ اللَّعَانِ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ فِي [الْفَرَائِجِ] (٢) وَرَدَّ مُرْتَبًا عَلَى الرَّمْيِ بِالزَّنَاءِ، وَإِنْ كَانَ الْوَاطِءُ بِالشُّبْهَةِ مُعْتَرِفًا، وَأَمَكَنَ إِلْحَاقُ الْوَلَدِ بِهِ، عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ، وَلَا لِعَانَ قَطْعًا، أَمَّا إِذَا اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: لَيْسَ الْوَلَدُ مِنِّي، فَوْجَهَانِ، وَأَوَّلَى بِجَوَازِ اللَّعَانِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الزَّنَاءَ وَالشُّبْهَةَ، وَلَا يُشْتَرَطُ (م) أَنْ يَقُولَ فِي الْقَذْفِ وَاللِّعَانِ: رَأَيْتُهَا تَزْنِي، وَلَا أَنْ يَقُولَ: اسْتَبْرَأْتُهَا بَعْدَ الْوَطْءِ [م] (٣).

(الْفَضْلُ الثَّلَاثُ) (٤): فِي فُرُوعٍ مُتَفَرِّقَةٍ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ) إِذَا قَذَفَهَا بِأَجْنَبِيٍّ (ح م)، وَذَكَرَهُ فِي اللَّعَانِ، فَلَا حَدَّ لِلْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ، فَقَوْلَانِ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ حُجَّةً عَلَى الْجُمْلَةِ، وَإِنْ كَانَتْ قَاصِرَةً.

وَمَنْ قَذَفَ عِنْدَ الْقَاضِي، فَهَلْ عَلَى الْقَاضِي إِخْبَارُ الْمَقْدُوفِ لِطَلَبِ حَدِّ الْقَذْفِ؟ وَجَهَانِ.

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(الثاني): إِذَا قَذَفَ نِسْوَةَ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، فَبَيَّ تَعَدُّدُ اللَّعَانِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى تَعَدُّدِ الْحَدِّ، وَاللَّعَانُ أَوَّلَى بِأَن يَتَعَدَّدَ (و)، لِأَنَّهُ حُجَّةٌ؛ فَلَا يَتَدَاخَلُ، وَإِنْ قُلْنَا بِتَعَدُّدِهِ، لَمْ يَتَّحِدْ بِرِضَاهُ بِلِعَانٍ وَاحِدٍ؛ كَالْيَمِينِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَتَّحِدُ، فَذَلِكَ حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ طَلِبُهُنَّ أَوْ تَوَافُقُهُنَّ، فَإِنْ أَنْفَرَدَتْ وَاحِدَةٌ بِالطَّلَبِ، لَا عَنَ عَنْهَا، ثُمَّ اسْتَأْنَفَ لِلْبَاقِيَاتِ.

وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: يَا زَانِيَةُ بِنْتُ الزَّانِيَةِ، فَقَدْ قَذَفَهَا وَأَمَّا بِكَلِمَتَيْنِ، فَعَلَيْهِ حَدَّانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يُقَدَّمُ حَدُّ الْمَقْدُوفِ أَوَّلًا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَهَلُمَّا يُقَدَّمُ حَدُّ الْأُمِّ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَأَخِّرَةً؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ حَدَّ الْبِنْتِ مُتَعَرِّضٌ لِلشُّقُوطِ بِاللَّعَانِ، فَحَدُّ الْأُمِّ أَقْوَى.

(الثالث): إِذَا أَدَعَتِ الْقَذْفَ، فَانْكَرَ، فَقَامَتِ الْحُجَّةُ عَلَى الْقَذْفِ، فَلَهُ أَنْ يُلَاعِنَ، إِنْ أَظْهَرَ لِإِنْكَارِهِ تَأْوِيلًا، وَإِلَّا، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ أَتَى قَذْفًا آخَرَ، فَلَهُ اللَّعَانُ، وَأَنْدَفَعَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَدُّ أَيْضًا، إِلَّا إِذَا كَانَ قَدْ قَالَ: مَا قَذَفْتُ وَمَا زَنَيْتُ، فَإِنَّ قَذْفَهُ بَعْدَهُ يُنَاقِضُ شَهَادَةَ الْبَرَاءَةِ، إِلَّا إِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ أَحْتَمَلَ طَرِيَانُ الزَّنَا بَعْدَهَا، وَلَوْ أَمْتَنَّا عَنِ اللَّعَانِ، فَلَمَّا عُرِضَ لِلْحَدِّ، رَجَعَا إِلَيْهِ، جَازًا؛ كَمَا فِي الْبَيِّنَةِ؛ بِخِلَافِ الْيَمِينِ، وَلَوْ حُدَّ الرَّجُلُ، فَأَرَادَ أَنْ يُلَاعِنَ بَعْدَهُ، مُكِّنَ مِنْهُ، إِنْ كَانَ ثُمَّ وَلَدَ، وَإِلَّا فَلَا فَايِدَةَ لِلْعَانِ؛ فَلَا يُمَكَّنُ (و).

(الرابع): إِذَا قَالَ: زَنَيْتَ، وَأَنْتَ صَغِيرَةٌ، فَيَجِبُ التَّعْزِيرُ، فَإِنْ قَالَ: وَأَنْتَ مَجْنُونَةٌ، أَوْ مُشْرِكَةٌ، فَكَمِثِلِ إِنْ عَاهَدَ لَهَا ذَلِكَ، وَإِلَّا فَالْحَدُّ.

وَقِيلَ: لَا حَدَّ إِذَا لَمْ تُعْهَدْ تِلْكَ الْحَالَةُ؛ لِأَنَّهُ جَاءَ بِمُحَالٍ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: اللَّفْظُ)، وَالنَّظَرُ فِي أَصْلِهِ، ثُمَّ فِي تَغْلِيظَاتِهِ وَسُنَنِهِ:

(أَمَّا اللَّفْظُ)، فَإِنْ يَقُولُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ؛ إِنِّي لِمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزَّنَا، وَفِي الْخَامِسَةِ؛ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ، إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَجِبُ إِعَادَةُ ذِكْرِ الْوَلَدِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ، إِنْ كَانَ ثُمَّ وَلَدَ، وَالْمَرْأَةُ تَشْهَدُ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ، إِنَّهُ لِمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ، وَفِي الْخَامِسَةِ؛ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا، إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا إِعَادَةُ ذِكْرِ الْوَلَدِ، وَلَا يَقُومُ (ح) مُعْظَمُ الْكَلِمَاتِ مَقَامَ الْجَمِيعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُتَعَيَّنُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ، فَلَا يُبَدَّلُ بِالْحَلْفِ، وَلَا لَفْظُ الْغَضَبِ بِاللَّعْنِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ التَّرْتِيبُ فِي تَأْخِيرِ اللَّعْنِ، وَتَجِبُ الْمُوَالَاةُ بَيْنَ الْكَلِمَاتِ.

وَيَصِحُّ لِعَانُ الْأَخْرَسِ [ح] (١)، وَقَذْفُهُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَكْتُبَ مَعَ الْإِشَارَةِ (٢)؛ لِئَيَّبِنَ لَفْظُ الْغَضَبِ وَاللَّعْنِ، أَوْ يُورِدَ عَلَيْهِ نَاطِقٌ، فَيُشِيرُ بِالْإِجَابَةِ، فَإِنْ قَالَ بَعْدَ انْطِلَاقِ اللِّسَانِ: لَمْ أَرِدْ ذَلِكَ، لَمْ يَقْبَلْ، وَلَوْ اغْتَقَلَ لِسَانُ النَّاطِقِ قَبْلَ اللَّعَانِ، وَكَانَ يُنْتَظَرُ زَوَالُهُ عَلَى قُرْبٍ، أَهْلُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَالْعَاجِزُ عَنِ

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي: «ويصح لعان الأخرس وقذفه، وعليه أن يكتب مع الإشارة... إلى آخره» الذي ذكره الأئمة تصحيح لعانه بالإشارة وحدها وبالكتابة وحدها. [ت]

الْعَرَبِيَّةُ يَقُومُ فِي حَقِّهِ تَرْجَمَةُ اللَّغَنِ وَالْغَضَبِ وَالشَّهَادَةُ مَقَامَهَا، وَلَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَرْجُمَاتَيْنِ يُعْرَفَانِ الْقَاضِي، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَرْبَعَةٌ فِيهِ خِلَافٌ (و).

(أَمَّا التَّغْلِيظُ)، فَهُوَ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ (ح)، وَالْجَمْعِ (ح).

(أَمَّا الزَّمَانُ) فَبِالتَّأْخِيرِ إِلَى وَقْتِ الْعَصْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ طَلَبَ حَاقٍ، فَيَوْمَ الْجُمُعَةِ.

(وَأَمَّا الْمَكَانُ)، فَأَشْرَفُ مَوَاضِعِ الْبَلَدِ، وَهُوَ مَقْصُورَةُ الْجَامِعِ (و)، وَفِي مَكَّةَ عِنْدَ الْمَقَامِ، وَفِي الْمَدِينَةِ بَيْنَ الْمِنْبَرِ وَالْمَدْفَنِ، وَفِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ، وَفِي حَقِّ الدُّمَيْيَ الْكَنِيسَةُ وَالْبَيْعَةُ، وَفِي الْمَجُوسِيِّ بَيْتُ الثَّيْرَانِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَأَمَّا بَيْتُ الْأَضْنَامِ، فَلَا يَأْتِيهِ، وَيُعْلَظُ عَلَى الزُّنْدِيقِ؛ لِبَيْتَالَهُ شُؤْمُهُ، وَالْحَائِضُ ثَلَاعِنُ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ، وَالْمُشْرِكُ الْجَنْبُ وَالْمُشْرِكَةُ يَلَاعِنَانِ فِي الْمَسْجِدِ (ح)، وَلَا يُؤَاخِذُهُمَا الْقَاضِي بِتَعَبُدِ الشَّرْعِ.

(وَأَمَّا الْجَمْعُ)، فَهُوَ أَنْ يَخْضَرَ جَمَاعَةٌ، وَلَا يَنْقُصَ عَنْ أَرْبَعَةٍ، وَلَا يَصِيحُ اللَّعَانُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحَاكِمِ، أَوْ فِي مَجْلِسِ الْمُحَكَّمِ؛ عَلَى قَوْلٍ، ثُمَّ التَّغْلِيظُ بِالْمَكَانِ، فِي وُجُوبِهِ قَوْلَانِ، وَفِي الزَّمَانِ وَالْجَمْعِ طَرِيقَانِ، وَأَوَّلَى بِالْأَجِبِ.

(وَأَمَّا الشُّنَنُ)، فَلثَلَاثَةٌ أَنْ يَخُوفَهُمَا الْقَاضِي بِاللَّهِ، فَلَعَلَّهُمَا يَنْزَجِرَانِ، وَأَنْ يَكُونَ عَلَى الْمِنْبَرِ، أَغْنَى الْقَاضِي، عَلَى وَجْهِهِ، وَالزَّوْجِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَأَنْ يَأْتِيَهُ رَجُلٌ مِنْ وَرَائِهِ عِنْدَ الْخَامِسَةِ، فَيَضَعُ يَدَهُ عَلَى فِيهِ، وَيَقُولُ لَهُ صَاحِبُ الْمَجْلِسِ: أَلْقِ اللَّهَ؛ فَإِنَّهَا مُوجِبَةٌ، وَالْمَرْأَةُ تَأْتِيهَا أَمْرَاءُ.

(البَابُ الثَّالِثُ: فِي جَوَامِعِ أَحْكَامِ اللَّعَانِ^(١) وَنَفْيِ الْوَلَدِ)

وَيَتَعَلَّقُ بِلَعَانِهِ خَمْسَةُ أَحْكَامٍ:

الْفِرَاقُ؛ وَتَأْبُدُ الْحُرْمَةِ، وَسُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ، وَأَنْتِفَاءُ النَّسَبِ، وَوُجُوبُ حَدِّ الزَّنَا عَلَيْهَا، وَيَتَعَلَّقُ بِلَعَانِهَا سُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهَا فَقَطْ، أَمَّا خُكْمُ نَفْيِ الْوَلَدِ، فَفِيهِ خَمْسُ مَسَائِلَ:

(الأُولَى): أَنَّ اللَّعَانَ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ، إِذَا أَمْتَكَنَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنَ الزَّوْجِ، فَإِنْ لَمْ يُمْتَكَنْ؛ إِمَّا لِقُصُورِ الْمُدَّةِ عَنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أَوْ لَطُولِ الْمَسَافَةِ (ح) بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، أَوْ لِكَوْنِ الزَّوْجِ صَبِيًّا دُونَ عَشْرِ سِنِينَ، أَوْ لِكَوْنِهِ مَمْسُوحًا مُجْبُوبَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثِيِّينِ، فَلَا يَلْحَقُهُ، وَالْبَاقِي الْأُنْثِيُّينِ يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ قَطْعًا، وَكَذَلِكَ الْخَصِيُّ الْبَاقِي الذَّكَرِ؛ عَلَى [الْأَصَحِّ]^(٢).

(الثَّانِيَةُ): اللَّعَانُ عَنِ الْحَمْلِ جَائِزٌ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ؛ عَلَى الصَّخِيحِ؛ لِأَنَّهُ جَائِزٌ بِمُجَرَّدِ عَرَضِ

(١) قال الرافعي: «الباب الثالث في جوامع أحكام اللعان» حقه أن يبدل بالقسم الثاني لأنه ذكر من أول الكتاب أن النظر من القذف واللعان وقضيته الترتيب بآخر الفصل المعقود في أركان اللعان إلى هذا القسم ليجتمع فيه أركانه وأحكامه. [ت]

(٢) في أ: الأظهر.

الْقَطْعَ دُونَ الْوَلَدِ، وَبَعْدَ الْبَيْنُونَةِ فِيهِ قَوْلَانِ؛ مَاخِذُهُمَا أَنَّ الْيَقِينَ، هَلْ يُشْتَرَطُ لِلْعَانِ أَمْ يَجُوزُ بِالظَّنِّ لِحَظَرِ الْمَوْتِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا أَتَتْ بِتَوَّعَمَيْنِ، فَنَفَى أَحَدَهُمَا، لَمْ يَنْتَفِ، وَإِنْ نَفَاهُمَا، ثُمَّ اسْتَلْحَقَ أَحَدَهُمَا، لِحَقِّهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَعِضُ، وَيُغْلَبُ جَانِبُ الْإِثْبَاتِ، وَلَوْ نَفَى الْحَمْلَ، فَأَتَتْ بِتَوَّعَمَيْنِ، إِنْتَفَى، وَلَهُ أَنْ يَنْفَى أَوْلَادًا عِدَّةً يَلْعَانُ وَاحِدٍ، وَيَبَيِّنَ [التَّوَّعَمَيْنِ] ^(١) الْمَنْفِيَيْنِ أُخُوَّةَ الْأُمِّ، وَلَا تَنْبُتُ أُخُوَّةُ الْأَبِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ [و] ^(٢).

(الرَّابِعَةُ): إِذَا مَاتَ الْوَلَدُ، فَلَهُ اللَّعَانُ (ح)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ وَلَدٌ حَيٌّ، وَلَوْ نَفَاهُ (ح)، فَلَمَّا مَاتَ، اسْتَلْحَقَهُ قَبْلَ، وَوَرِثَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَفَى بَعْدَ (ح) الْمَوْتِ، ثُمَّ اسْتَلْحَقَ؛ عَلَى الْأَطْهَرِ [و] ^(٣).

(الخَامِسَةُ): حَقُّ نَفْيِ الْوَلَدِ عَلَى الْقَوْرِ، وَيَسْقُطُ بِالتَّأْخِيرِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَلَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالْإِسْتِلْحَاقِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَيُمْنَهُلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ عَلَى قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ عَلَى الْقَوْرِ، فَلَوْ صَبَرَ عِنْدَ الْحَمْلِ إِلَى انْفِصَالِ الْوَلَدِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ: عَرَفْتُ الْحَمْلَ، وَلَكِنْ أَنْتَظَرْتُ الْإِجْهَاضَ، جَازَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَسْمَعْ الْوِلَادَةَ إِلَّا مِنْ فَاجِرٍ، فَلَمْ أَصْدُقْ، عَزَّرَ، أَمَّا مِنْ عَدْلَيْنِ، فَلَا، وَمِنْ عَدْلٍ وَاحِدٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قِيلَ لَهُ: مَتَّعَكَ اللَّهُ بِوَلَدِكَ، فَقَالَ: آمِينَ، فَهُوَ اسْتِلْحَاقٌ، وَإِنْ قَالَ: جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا، أَوْ أَسْمَعَكَ اللَّهُ مَا يَسْرُوكَ، فَلَا.

(١) في أ: الولدين.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ب.

(كِتَابُ الْعِدَّةِ)

(وَالنَّظَرُ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ، وَالْوَفَاةِ، وَالْأَسْتِْبْرَاءِ، أَمَّا عِدَّةُ الطَّلَاقِ،
فَفِيهَا بَابَانِ:)

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي عِدَّةِ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ)

وَهِيَ بِالْأَفْرَاءِ، أَوْ بِالْأَشْهُرِ، أَوْ بِالْحَمَلِ.

(النُّوْغُ الْأَوَّلُ الْأَفْرَاءُ)، وَجَمِيعُ ذَلِكَ يَجِبُ لِلْبَرَاءَةِ، وَلَكِنْ يَكْفِي جَرَيَانُ سَبَبِ الشُّغْلِ مِنْ تَغْيِيبِ
الْحَشْفَةِ، وَوَطْءِ الصَّبِيِّ وَالْحَصِيِّ، وَيَجِبُ عَلَى الْمُعَلَّنِ طَلَّاقُهَا عَلَى يَقِينِ الْبَرَاءَةِ، وَالْأَفْرَاءُ هِيَ
الْأَطْهَارُ (ح)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلْقَةً، لَمْ يَقَعْ إِلَّا فِي الطَّهْرِ^(١)، ثُمَّ بَقِيَّةُ الطَّهْرِ قُرْءٌ
وَاحِدٌ، وَلَوْ لَحْظَةً، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطَّهْرِ، فَلَا تَنْقَالُ لَيْسَ قُرْءًا؛ عَلَى الْقَوْلِ
الْجَدِيدِ، وَالْقُرْءُ هُوَ الطَّهْرُ الْمُخْتَوَسُ بِدَمِينٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَبَقِيَّةُ طَهْرِ الصَّبِيَّةِ قَبْلَ الْحَيْضِ،
لَيْسَ بِقُرْءٍ، وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ ثَلَاثَةُ أَفْرَاءٍ، وَعِدَّةُ الْأَمَةِ قُرْآنٌ، فَإِنْ أَعْتَقَتْ فِي أَثْنَاءِ الْعِدَّةِ، فَهِيَ كَالْحُرَّةِ؛ فِي
قَوْلِ (ح).

وَكَالْأَمَةِ، فِي قَوْلِ (ح م).

وَفِي الْقَوْلِ الثَّلَاثِ؛ إِنْ كَانَتْ رَجَعِيَّةً، أَلْتَحَقَّتْ بِالْحُرَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً، فَتَعْتَدُ بِقُرْءَيْنِ.
وَلَوْ وَطِئَ أَمَةً؛ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَفْرَاءٍ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ وَطِئَ حُرَّةً؛
عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا أَمَةٌ، لَمْ يُؤَثِّرِ الظَّنُّ أَصْلًا.

[وَالْعِدَّةُ]^(٢) بِالْأَفْرَاءِ ظَاهِرَةٌ فِي الْمُسْتَقِيمَةِ الْعَادَةِ، وَكَذَلِكَ فِي الْمُسْتَحَاضَةِ الْمُمَيَّزَةِ، أَوْ الْحَافِظَةِ
لِلْعَادَةِ، وَأَمَّا النَّاسِيَةُ، فَيَكْفِيهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالْأَهْلِ، فَإِنْ طَلَّقَتْ، وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الشَّهْرِ خَمْسَةٌ عَشَرَ
يَوْمًا، فَيَكْفِيهَا بَقِيَّةُ الشَّهْرِ، وَشَهْرَانِ آخَرَانِ، وَإِنْ بَقِيَ أَقَلُّ، فَلَا بُدَّ مِنْ ثَلَاثِينَ يَوْمًا لِلشَّهْرِ الْمُنْكَسِرِ،
وَشَهْرَيْنِ آخَرَيْنِ^(٣).

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق في كُلِّ قرء طلقه لم يقع إلا في الطهر»، ذكره لإيضاح معنى القرء.
والمسألة بأحوالها قد ذكرها في الطلاق. [ت]

(٢) في أ، ب: والحيض.

(٣) قال الرافعي: «وإن بقي أقل فلا بد من ثلاثين يوماً للشهر المنكسر وشهرين آخرين هذا وجه، ويفهم من
كلام بعض الأصحاب ولم أجد التصريح به في حق المتحيرة إلا لصاحب الكتاب، والذي يوجد لغيره أنها
تمكث ثلاثة أشهر بعد تلك البقية. [ت]

وَقِيلَ: يَكْفِيهَا شَهْرَانِ آخَرَانِ.

وَقِيلَ: إِذَا أَنْكَسَرَ شَهْرٌ، أَنْكَسَرَ الثَّلَاثُ؛ فَلَا بُدَّ مِنْ تِسْعِينَ يَوْمًا.

وَقِيلَ: إِنَّ عَلَى النَّاسِ الصَّبْرَ إِلَى سِنِّ الْيَأْسِ، أَوْ أَرْبَعِ سِنِينَ، أَوْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ؛ لِأَنَّ الطَّهْرَ رُبَّمَا زَادَ عَلَى أَشْهُرٍ؛ وَهَذَا يُسْتَمَدُّ مِنْ قَوْلِ الْأَخْتِطَاطِ.

وَلَكِنْ لَا يَجْرِي هَذَا فِي الرَّجْعَةِ وَالسُّكْنَى، بَلْ فِيمَا عَلَيْهَا.

(أَمَّا الصَّغِيرَةُ وَالْآيِسَةُ، فَتَعْتَدَانِ بِالْأَشْهُرِ، وَلَوْ رَأَتْ الصَّغِيرَةُ دَمًا قَبْلَ تِسْعِ سِنِينَ، فَدَمٌ فَسَادٌ، وَإِنْ رَأَتْ بَعْدَ الْأَعْتِدَادِ بِالْأَشْهُرِ، لَمْ تَسْتَأْنِفْ، وَإِنْ رَأَتْ قَبْلَ الْفَرَاغِ، اسْتَأْنَفَتْ.

(وَأَمَّا الْأُمَةُ)، فَتَعْتَدُ بِشَهْرَيْنِ (ح) بَدَلًا عَنْ قُرْءَيْنِ.

وَقِيلَ بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ التَّبْعِضَ.

وَقِيلَ: بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ؛ أَخَذًا مِنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ، إِذَا عَتَقَتْ؛ أَنَّهَا تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

وَبِشَهْرٍ عَلَى قَوْلٍ بَدَلًا عَنْ قُرْءٍ.

(فَرَعَ): الَّتِي تَبَاعَدَتْ خِيَصَتُهَا بِرِضَاعٍ، أَوْ عَلَقَةٍ، فَعَلَيْهَا أَنْتِظَارُ الْحَيْضِ، وَلَا تَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ، وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ أَضَلًّا، وَإِنْ كَبُرَتْ، فَتَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ، وَإِنْ كَانَ الْأَنْقِطَاعُ بَعْدَ الْحَيْضِ بِغَيْرِ عَلَقَةٍ، فَالْقَوْلُ الْجَدِيدُ؛ أَنَّهَا تُصْبِرُ إِلَى سِنِّ الْيَأْسِ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، وَالْقَوْلُ الْقَدِيمُ، أَنَّهَا تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ (ح) لِنَفْيِ الْحَمْلِ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ، وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(١)، وَقَوْلُ ثَالِثٍ قَدِيمٌ؛ أَنَّهَا تَتَرَبَّصُ (ح م) أَرْبَعَ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدُ، فَإِنْ فَرَّغْنَا عَلَى الْقَدِيمِ، فَحَاضَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ وَالْعِدَّةِ وَالنِّكَاحِ، اسْتَمَرَّ النِّكَاحُ (و)، وَإِنْ حَاضَتْ قَبْلَ تَمَامِ التَّسْعَةِ، بَطَلَ التَّرَبُّصُ، وَانْتَقَلَتْ إِلَى الْأَفْرَاءِ، فَإِنْ لَمْ يُعَاوِذْهَا، اسْتَأْنَفَتْ التَّرَبُّصَ وَالْعِدَّةَ جَمِيعًا، وَإِنْ حَاضَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ بِالتَّسْعَةِ، وَلَكِنْ فِي الْعِدَّةِ، اسْتَأْنَفَتْ التَّسْعَةَ، وَلَكِنْ هَلْ تَبْنِي عَلَى الثَّلَاثَةِ، أَمْ تَسْتَأْنِفُ؟ فِيهِ خِلَافٌ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْبِنَاءِ، اسْتَكْمَلَتْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالْحِسَابِ.

وَقِيلَ: يَكْفِيهَا شَهْرَانِ، وَمَا مَضَى يُجْعَلُ قُرْءًا؛ وَهَذَا جَمَعَ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ، وَهُوَ بَعِيدٌ.

وَلَوْ رَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ الْمُدَّتَيْنِ، وَقَبْلَ النِّكَاحِ، فَالْنَّصُّ أَنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الْأَفْرَاءِ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّ الْعِدَّةَ قَدْ تَمَّتْ، وَأَمَّا إِذَا فَرَّغْنَا عَلَى الْجَدِيدِ، فَسِنَّ الْيَأْسِ أَقْصَى مُدَّةٍ يَأْسِ أَمْرًا فِي الْعَالَمِ مِمَّنْ

(١) قال الرافعي: «وهو مذهب عمر - رضي الله عنه -» روى الشافعي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن

سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟

فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرًا. ويروى عن عثمان مثله. [ت]

أخرجه مالك (٥٧٥/٢) كتاب الطلاق: باب عدة التي تفقد زوجها، حديث (٥٢).

تُعْرِفُ؛ عَلَى قَوْلٍ.

أَوْ نِسَاءً عَشِيرَتِهَا؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالْعَصَبَاتِ مِنَ النِّسَاءِ.

وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَى الْبَلَدِ، لَا إِلَى الْعَالَمِ؛ وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ؛ لَوْ رَأَتْ الدَّمَ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَشْهُرِ بَعْدَ سِنِّ الْيَأْسِ، انْتَقَلَتْ إِلَى الْأَقْرَاءِ، فَإِنْ لَمْ يُعَاوِذْهَا، فَتَسْتَأْنِفُ [و^(١)] الْأَشْهُرَ قَطْعاً؛ لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ الْيَقِينَ، وَهَلْ عَلَيْهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَرْبَعُ سِنِينَ لِلتَّرْتِيبِ؛ إِذْ زَالَ الْيَأْسُ بِالْحَيْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ، أَمَّا إِذَا رَأَتْ بَعْدَ الْأَشْهُرِ، فَلَا يُؤَثِّرُ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَيُؤَثِّرُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ النِّكَاحِ.

وَفِي قَوْلٍ ثَالِثٍ؛ قَبْلَ النِّكَاحِ يُؤَثِّرُ، وَبَعْدَهُ لَا يُؤَثِّرُ.

(النَّوْءُ الثَّلَاثُ)؛ هُوَ الْعِدَّةُ بِالْحَمْلِ فَإِنَّ النَّوْءَ الثَّانِي هُوَ الْأَشْهُرُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَلَا نَقِضَاءَ الْعِدَّةِ

بِهِ شَرْطَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنْ يَكُونَ (ح) الْحَمْلُ مِمَّنْ مِنْهُ الْعِدَّةُ، أَوْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ؛ كَوَلَدِ اللَّعَانِ، أَمَّا الْمَنْفِيُّ قَطْعاً؛ كَوَلَدِ الصَّبِيِّ وَالْمَمْسُوحِ (ح). فَلَا تَنْقِضِي (ح) الْعِدَّةَ بِهِ.

وَلَوْ أَتَتْ زَوْجَةَ الْبَالِغِ بِوَلَدٍ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، لَا يُلْحَقُهُ، وَلَكِنْ يَنْقِضِي الْعِدَّةَ بِهِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لَاحْتِمَالِ جَرَيَانِ وَطْءِ الشُّبْهَةِ قَبْلَ النِّكَاحِ.

وَلَا يَنْقِضِي (ح)؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ مَنْفِيٌّ عَنْهُ شَرْعاً.

وَعَلَى وَجْهِ ثَالِثٍ؛ لَوْ أَدْعَتْ وَطْءَ شُبْهَةٍ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ فِي الْعِدَّةِ قَوْلُهَا، وَإِنْ نَكَحَ [م^(٢)] حَامِلاً مِنَ الزَّانَا، وَهِيَ تَرَى الْأَذْوَارَ، وَقُلْنَا: إِنَّهَا حَيْضٌ، فَفِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ حَمْلَ الزَّانَا كَالْمَعْدُومِ فِي حَقِّ الْعِدَّةِ وَالْتَحْرِيمِ [م^(٣)].

(الشَّرْطُ الثَّانِي): وَضْعُ الْحَمْلِ الثَّامٍ؛ فَلَا تَنْقِضِي الْعِدَّةَ بِوَضْعِ أَحَدِ النَّوْءَيْنِ وَأَقْصَى الْمُدَّةِ بَيْنَ

النَّوْءَيْنِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، وَلَا تَنْقِضِي بِإِنْفِصَالِ بَعْضِ الْوَلَدِ، بَلْ هُوَ كَالْجَنِينِ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا.

وَقِيلَ: هُوَ كَالْمُنْفَصِلِ إِلَّا فِي الْعِدَّةِ.

وَلَا تَنْقِضِي بِإِسْقَاطِ الْعَلَقَةِ، وَتَنْقِضِي إِذَا ظَهَرَتِ الصُّورَةُ وَالتَّخْطِيطُ، وَإِنْ خَفِيَ.

وَإِنْ كَانَ لَحْماً، فَالْنَّصُّ أَنَّ الْعِدَّةَ تَنْقِضِي بِهِ، وَلَا يَجِبُ بِهِ الْغُرَّةُ، وَلَا يَحْصُلُ بِهِ الْأَسْتِيلَادُ.

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالتَّقْلِيلِ وَالتَّخْرِيجِ .

(فُرُوعُ):

الأوّل: الْمُزَانَةُ بِالحَمْلِ بَعْدَ الْأَفْرَاءِ، لِثِقَلِ بَطْنِهَا، لَا تُنْكَحُ، إِنْ ظَهَرَ الْأَثَرُ، وَمُجَرَّدُ الشَّكِّ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ .

وَقِيلَ: يُخْرَجُ عَلَى قَوْلِي وَقَفِ الْعُقُودِ .

(الثَّانِي) إِذَا أَتَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، لِحَقِّ الزَّوْجِ، وَإِنْ لَمْ تُنْكَحْ زَوْجًا آخَرَ، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً، حُسِبَ أَرْبَعُ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ أَنْصِرَامِ الْعِدَّةِ، أَوْ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ .

فَإِنْ قُلْنَا: مِنْ وَقْتِ تَصَرُّمِ الْعِدَّةِ، تَمَادَى الْإِلْحَاقُ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ وَزِيَادَةٍ؛ إِذِ الطُّهُرُ قَدْ يَتَّبَعُدُ سِنِينَ .

وَقِيلَ: إِنْ ذَلِكَ لَا يُحْتَمَلُ، فَلَا يُحْسَبُ لِلْعِدَّةِ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ .

(الثَّالِثُ): إِذَا نِكَحَتْ .، ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ لِزَمَانٍ يُحْتَمَلُ مِنَ الزَّوْجَيْنِ، أُلْحِقَ بِالثَّانِي، إِنْ كَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا؛ إِذْ لَا سَبِيلَ إِلَى إِبْطَالِ الصَّحِيحِ .

وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا، يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ؛ لِأَنَّهُ كَوَاطِءُ شُبْهَةٍ .

ثُمَّ مُدَّةُ اخْتِمَالِ الثَّانِي يُحْتَسَبُ مِنَ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ، أَوْ مِنَ الْوُطْءِ؟ فِيهِ خِلَافٌ؛ وَكَذَلِكَ عِدَّةُ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ يُبْتَدَأُ بَعْدَ آخِرِ وَطْءٍ، أَوْ بَعْدَ التَّفَرُّقِ بِأَنْجِلَاءِ الشُّبْهَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ .

(الرَّابِعُ): لَوْ قَالَ: طَلَّقْتُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ، فَأَنْكَرَتْ وَقَالَتْ: بَلْ قَبْلَهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، سَوَاءٌ أَتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الْوِلَادَةِ، أَوْ أَتَّفَقَا فِي وَقْتِ الْوِلَادَةِ، وَأَتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الطَّلَاقِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَلَوْ أَدَّعَتْ تَقْدَّمَ الطَّلَاقِ، فَقَالَ: لَا أَذْرِي، فَعَلَيْهِ يَمِينٌ جَازِمَةٌ، أَوْ التُّكُولُ، فَإِنْ جَزَمَ الزَّوْجُ، فَقَالَتْ: لَا أَذْرِي، فَلَهُ الرَّجْعَةُ، وَلَيْسَ يَقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الشَّكِّ .

(البَابُ الثَّانِي: فِي تَدَاخُلِ الْعِدَّتَيْنِ)

وَالْعِدَّتَانِ الْمُتَّفِقَتَانِ بِالْأَفْرَاءِ أَوْ الْأَشْهُرِ، تَتَدَاخَلَانِ [و] (١) مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَطَّاهَا الزَّوْجُ فِي الْعِدَّةِ، فَيَكْفِيهَا ثَلَاثَةُ أَفْرَاءٍ مِنْ وَقْتِ الْوِطْءِ، لَكِنَّ الرِّجْعَةَ لَا تَتَجَاوَزُ ثَلَاثَةَ أَفْرَاءٍ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ (٢)، أَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا؛ بِأَنْ كَانَ إِحْدَاهُمَا بِالحَمْلِ أَنْدَرَجَتْ الْأُخْرَى تَحْتَ الحَمْلِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَنْقَضَتَا بِالْوَضْعِ، وَدَامَتِ (و) الرِّجْعَةُ إِلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْدَرِجُ؛ فَإِنْ كَانَ الحَمْلُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ، انْقَطَعَ عِدَّةُ الطَّلَاقِ، فَتَعُودُ إِلَى بَقِيَّتِهَا بَعْدَ الْوَضْعِ، وَلَهُ الرِّجْعَةُ، أَوْ تَجْدِيدُ النِّكَاحِ فِي الْبَقِيَّةِ، وَهَلْ يَجُوزُ الرِّجْعَةُ قَبْلَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ (٣).

وَمَهْمَا ثَبَتَ الرِّجْعَةُ، ثَبَتَ الْمِيرَاثُ وَسَائِرُ الْأَحْكَامِ، وَلَوْ كَانَتْ تَرَى الدَّمَ، وَهِيَ حَامِلٌ، أَنْقَضَتِ الْعِدَّةُ الْأُخْرَى بِالْأَفْرَاءِ مَعَ الحَمْلِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ؛ لِأَنَّهُ لِمُجَرَّدِ التَّعَبُّدِ، أَمَّا إِذَا كَانَ وَطْءُ الشُّبْهَةِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، لَمْ يَتَدَاخُلِ الْعِدَّتَانِ [ح م و] (٤)، لَكِنْ إِنْ سَبَقَ الطَّلَاقُ، اسْتَمْتَتْ عِدَّةُ الطَّلَاقِ، ثُمَّ اغْتَدَتْ عَنِ الشُّبْهَةِ، وَإِنْ سَبَقَ الْوِطْءُ، فَقَدْ قِيلَ: يُقَدَّمُ عِدَّةُ السَّابِقِ.

وَقِيلَ: النِّكَاحُ أَفْوَى، فَإِنْ قَدَّمْنَا عِدَّةَ الشُّبْهَةِ، أَوْ كَانَ قَدْ أَخْبَلَ؛ فَإِنَّ الحَمْلَ يُقَدَّمُ بِكُلِّ حَالٍ، فَفِي الرِّجْعَةِ قَبْلَ اسْتِغَالِهَا بِعِدَّةِ الزَّوْجِ وَجْهَانِ، وَلَا يَجُوزُ تَجْدِيدُ نِكَاحِهَا، إِنْ كَانَتْ بَائِنَةً فِي حَالَةِ عِدَّةِ الشُّبْهَةِ، أَمَّا فِي حَالِ عِدَّتِهِ، إِذَا كَانَ فِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الشُّبْهَةِ، فَوَجْهَانِ.

وَلَوْ رَاجَعَهَا، وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الشُّبْهَةِ، لَمْ يَحِلَّ الْوِطْءُ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْهُ، وَلَكِنْ فِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الشُّبْهَةِ، فَفِي جَوَازِ الْوِطْءِ وَجْهَانِ جَارِيَانِ فِي وَطْءِ الحَامِلِ مِنَ الزَّوْجِ، إِنْ وُطِئَتْ بِالشُّبْهَةِ، هَذَا كُلُّهُ، إِذَا عَلِمَ مَنْ مِنْهُ الحَمْلُ، وَإِنْ اخْتُمِلَ مِنْهُمَا، عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ، وَحُكِمَ بِمُوجِبِهِ، لَكِنَّ الزَّوْجَ إِنْ أَرَادَ الرِّجْعَةَ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَرِاجِعَ قَبْلَ الْوَضْعِ وَبَعْدَهُ، لِيَقَعَ ذَلِكَ فِي عِدَّتِهِ يَبْقِيَانِ وَيَحْتَمِلُ الرِّجْعَةَ هَذَا الْوَقْتُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا، لَمْ يَحِلَّ [و] (٥) لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً، فَعَقْدُ النِّكَاحِ مَرَّتَيْنِ فِيهِ وَجْهَانِ؛ وَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَحْتَمِلُ الْوَقْفَ، وَلَا يُطَالَبُ بِالتَّقَةِ وَاحِدًا مِنْهُمَا فِي

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي: «وذلك بأن يطأها الزوج في العدة، فيكفيها ثلاثة أفرء من وقت الوطء لكن الرجعة لا تتجاوز ثلاثة أفرء من وقت الطلاق، هذا مذكور في باب الرجعة، حيث قال وإذا وطئها بعد قرين استأنف ثلاثة أفرء ولا رجعة إلا في الأول منها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإن الحمل من وطء الشبهة انقطع عدة الطلاق إلى قوله: وجهان» بعد قوله فإن كانت إحداهما بالحمل اندرجت الأخرى تحت الحمل على أحد الوجهين مذكور في «كتاب الرجعة» حيث قال: وإن أحبلها فوضعت إلى رأس الفصل. [ت]

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

الْحَالِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ عَلَى الْوَاطِئِ بِالشُّبْهَةِ^(١)؛ لِأَنَّهُ الْآنَ مُشْكِلٌ؛ فَإِنْ قَضَى الْقَائِفُ عِنْدَ الْوَضْعِ لِلزَّوْجِ، فَلَهَا الْمُطَابَقَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ قَضَى لِلوَاطِئِ، فَلَا؛ لِأَنَّ مُضِيَّ الزَّمَانِ يُسْقِطُ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ^(٢).
(فَرُوعُ: الْأَوَّلُ): الْعِدَّتَانِ مِنْ حَزْبَيْنِ تَتَدَاخِلَانِ؛ عَلَى النَّصِّ؛ لِأَنَّ أَسْتِيْلَاءَ الثَّانِي يُبْطِلُ حَقَّ الْأَوَّلِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ.

(الثَّانِي): الْبَائِنَةُ تَنْقُضِي عِدَّتَهَا، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ يُعَاشِرُهَا؛ عَلَى الْأَقْيَسِ، [و] (٣)، وَالرَّجْعِيَّةُ لَا تَنْقُضِي عِدَّتَهَا مَعَ الْمُجَالَسَةِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ فَإِنْ طَالَتِ الْمَفَارَقَةُ، ثُمَّ جَرَتْ خَلْوَةٌ، أُخْتِمِلَ أَنْ تَنْقَطِعَ، وَأُخْتِمِلَ أَنْ يُبْنَى مَا بَعْدَهَا عَلَيْهَا، وَمُخَالَطَةُ الْأَجْنَبِيِّ لَا تَمْنَعُ الْعِدَّةَ، وَمُخَالَطَةُ الزَّوْجِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ بَعْدَ انْجِلَاءِ الشُّبْهَةِ لَا يُؤْثِرُ.

(الثَّالِثُ) إِذَا نَكَحَ مُعْتَدَّةً عَلَى ظَنِّ الصَّحَّةِ، انْقَطَعَ عِدَّةُ النِّكَاحِ، وَتَنْقَطِعُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ أَوْ بِمُجَرَّدِ الزَّفَافِ، أَوْ بِحَقِيقَةِ الْوُطْءِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ^(٤)، وَلَا تُحَرِّمُ [م] (٥) الْمُعْتَدَّةُ عَلَى نَاكِحَتِهَا؛ عَلَى التَّأْيِيدِ.

(الرَّابِعُ) إِذَا رَاجَعَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَفِي جَوَازِ الْاِكْتِفَاءِ بِبَقِيَّةِ الْعِدَّةِ السَّابِقَةِ قَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً، فَجَدَّدَ نِكَاحَهَا، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الْمَسِيسِ، يَكْفِيهَا [ح] (٦) بَقِيَّةُ الْعِدَّةِ السَّابِقَةِ؛ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ عَادَتْ إِلَى نِكَاحٍ كَانَ فِيهِ وَطْءٌ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تَسْتَأْنِفُ^(٧) وَحَيْثُ نَقُولُ بِالْأَسْتِثْنَاءِ، فَلَوْ كَانَتْ حَامِلًا، فَيَكْفِيهَا وَضْعُ الْحَمْلِ، وَلَوْ رَاجَعَهَا، فَوَضَعَتْ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، وَقُلْنَا بِالْبِنَاءِ، رَجَعْنَا إِلَى قَوْلِ الْأَسْتِثْنَاءِ؛ لِلضَّرُورَةِ، وَتَعَدُّرِ الْبِنَاءِ.

وَقِيلَ: سَقَطَتْ عَنْهَا الْبَقِيَّةُ؛ لِلتَّعَدُّرِ؛ فَلَا شَيْءَ [عَلَيْهِ] (٨).

أَمَّا إِذَا رَاجَعَ الْحَائِلَ فِي الطُّهْرِ الثَّالِثِ، ثُمَّ طَلَّقَ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا؛ إِذْ بَغَضُ الثَّالِثِ كَجَمِيعِهِ، فَلَا بَقِيَّةَ عَلَيْهَا.

(١) قال الرافعي: «ولا تطالب بالنفقة واحداً منهما في الحال، وإن قلنا: يجب على الواطئ بالشبهة» الأشبه ما ذكره صاحب الشامل والرويانى، وهو أنا إذا قلنا النفقة للحمل فينفقان عليها بالسوية وإن قلنا: يصرف إليها بعد الوضع أخذت حينئذٍ من كل واحد منهما نصف نفقتها. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن قضى للواطئ فلا؛ لأن مضي الزمان يسقط نفقة القريب» الذي أورده جماعة منهم صاحب التهذيب أن هذه النفقة تصير ديناً في الذمة، ولا تكون كنفقة القريب. [ت]

(٣) سقط من ب.

(٤) قال الرافعي: «وتنقطع مجرد العقد، أو الزفاف أو بحقيقة الوطء، فيه تردد» أي أقوال. [ت]

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من ب.

(٧) قال الرافعي: «وإن طلقها قبل الرجعة، فالصحيح أنها لا تستأنف» أي من القولين. [ت]

(٨) في ب: عليها.

وَقِيلَ: الْبَعْضُ^(١) مِنْ أَوَّلِ الطُّهْرِ لَا أَثَرَ لَهُ؛ فَعَلَيْهَا فَرْزٌ آخَرُ.

(الْحَامِسُ): إِذَا خَالَعَ الْمَمْسُوسَةُ، ثُمَّ جَدَّدَ، وَوَطِئَ، وَخَالَعَ، أَنْدَرَجَتِ الْبَقِيَّةُ الْأُولَى تَحْتَ هَذِهِ الْعِدَّةِ، وَإِنْ مَاتَ، فَهَلْ تَنْدَرِجُ تِلْكَ الْبَقِيَّةُ تَحْتَ عِدَّةِ الْوَفَاةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ: فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَالسُّكْنَى، وَفِيهِ بَابَانِ): «الْأَوَّلُ فِي الْعِدَّةِ»

وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةُ أَيَّامٍ، وَإِنْ لَمْ تَحْضِ [م]^(٢)، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا؛ فَلَوْ وَصَعَتْ فِي الْحَالِ، حَلَّتْ لِلْأَزْوَاجِ [و]^(٣)، وَيَحِلُّ لَهَا غَسْلُهُ بَعْدَ الْوَضْعِ، وَيَعْدُ نِكَاحُ زَوْجٍ آخَرَ^(٤) أَيْضًا، وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى أَمْرَأَتَيْهِ، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، فَعَلَى إِحْدَاهُمَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ، وَعَلَى الْأُخْرَى عِدَّةُ الْوَفَاةِ، فَعَلَيْهِمَا أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ، إِنْ كُنَّ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ لِلَاخْتِيَاظِ؛ وَإِنْ كُنَّ حَوَامِلَ، فَيَكْفِي الْوَضْعُ، أَوْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَشْهُرِ، فَيَكْفِي أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وَمَنْ أَنْدَرَسَ خَبَرُ زَوْجِهَا، فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا الصَّبْرُ إِلَى الْمَوْتِ؛ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ [ح م]^(٥)، نَعَمْ، إِنْ لَمْ تَتْرِكِ التَّفَقُّةَ، فَلَهَا طَلَبُ الْفَسْخِ؛ بِسَبَبِهِ^(٦)، وَعَلَى الْقَدِيمِ إِنْ تَرَكَ التَّفَقُّةَ، فَلَهَا أَنْ تَتَرَبَّصَ أَرْبَعَ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، وَتَنْكِحَ.

وَيَجِبُ الْحِدَادُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَهُوَ تَرْكُ التَّزْوِينِ بِلِبْسِ الْإِبْرِسَمِ^(٧)، أَوْ الْمَصْبُوغِ لِلزَّيْنَةِ، دُونَ الْأَسْوَدِ، وَالْأَكْهَبِ الْكَدِيرِ، وَيَجُوزُ الْأَبْيَضُ مِمَّا سِوَى الْإِبْرِسَمِ، وَلَا يَجُوزُ التَّحْلِي بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَاللَّالِئِ، وَيَحْرُمُ كُلُّ طَبِيبٍ يَحْرُمُ عَلَى الْمُخْرَمِ؛ وَكَذَا تَذْيِينُ الشَّعْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ طَبِيبٌ، وَفِي الْمَصْبُوغِ الْخَشْنِ تَرَدُّدٌ^(٨)، وَلَا يَجُوزُ الْمَصْبُوغُ، وَإِنْ صُبِغَ قَبْلَ النَّسْجِ، وَيَجُوزُ لِبْسُ الْكَتَّانِ وَالْحَزِّ وَالذَّبْيَقِيِّ^(٩) الْأَبْيَضِ.

(١) قال الرافعي: أما إذا راجع الحائل في الطهر الثالث، ثم طلق، فلا شيء عليها، إذ بعض الثالث كجميعه، فلا بقية عليها، وقيل: البعض إلى آخره نظم الكتاب يشعر بترجيح الأول، والأظهر الثاني. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٤) قال الرافعي: «ويحل لها غسله بعد الوضع، وبعد نكاح زوج آخر» أصل غسل الزوجة زوجها قد قرأ في كتاب الجنائز والفرس هاهنا القول في أنها إلى بعل [ت].

(٥) سقط من ب.

(٦) قال الرافعي: «نعم إن لم تترك التفقة فلها طلب الفسخ بسببه» دخيل في هذا المكان وهو مذكور من بعد وقصده الآن التنبيه على طريق الخلاص من احتمال مشقة الصبر. [ت]

(٧) قال الرافعي: «وهو ترك التزوين بلبس الإبريسم» هذا ذهاب إلى أن الإبريسم يحرم لبسه، وإن نسج على لونه الأصلي، وهو وجه للأصحاب والحقه معظم الأصحاب بالكتان إذا لم يحدث فيه زينة. [ت]

(٨) قال الرافعي: «وفي المصبوغ الخشن تردد» قولان. [ت]

(٩) الذبيقي: بفتح الدال من دَقَّ ثِيَابَ مَضْرٍ. قال الأزهري وأراه منسوباً إلى قَزِيَّةٍ إسمها ذبيق. ينظر: المصباح المنير ص ١٨٩.

(وَيَجُوزُ التَّزْيِينُ فِي الْفَرْشِ، وَأَثَاثِ الْبَيْتِ، وَلَا تَكْتَحِلُ الْبَيْضَاءُ بِالْإِنَّمِدِ^(١)، إِلَّا بِسَبَبِ الرَّمَدِ لَيْلًا، وَتَمْسُحُهُ نَهَارًا، وَلَا بَأْسَ بِالتَّخْتَمِ بِخَاتَمِ يَحِلُّ لِلرَّجَالِ^(٢)، وَلَا بَأْسَ بِالتَّنْظُفِ بِالْقَلَمِ، وَالْأَسْتِخْدَادِ، وَإِزَالَةِ الْوَسَخِ، وَعَلَيْهَا مُلَازِمَةُ الْمَسْكَنِ، إِلَّا لِحَاجَةٍ، فَإِنْ تَرَكَتْ جَمِيعَ ذَلِكَ، عَصَتْ، وَأَنْقَضَتِ الْعِدَّةُ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي السُّكْنَى)

وَالنَّظَرُ فِي أَمْرَيْنِ:

(الْأَوَّلُ فِي الْمُسْتَحَقَّةِ)، وَهِيَ الْمُعْتَدَّةُ عَنْ طَلَاقٍ، بَائِنَةٍ كَانَتْ أَوْ رَجْعِيَّةً، وَفِي الْمُعْتَدَّةِ عَنِ الْوُفَاةِ قَوْلَانِ، وَفِي الْمُعْتَدَّةِ عَنِ الْفَسْخِ طَرِيقَانِ، وَقِيلَ قَوْلَانِ:
وَقِيلَ: لَا سُّكْنَى لَهَا قَطْعًا.

وَإِنْ كَانَ الْفَسْخُ تَعَلَّقَ بِاخْتِيَارِهَا أَوْ عَيْنِهَا، وَإِنْ كَانَ بِرِدَّةِ الزَّوْجِ، فَقَوْلَانِ، وَمَنْ لَا تَسْتَحِقُّ التَّفَقُّةَ فِي النِّكَاحِ، فَلَا سُّكْنَى لَهَا؛ كَالصَّغِيرَةِ وَالْأَمَةِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَالتَّائِيَةِ، وَفِي وَجُوبِ لُزُومِ الْمَسْكَنِ عَلَى الْأَمَةِ، إِذَا كَانَ السَّيِّدُ هُوَ الَّذِي عَيْنَ الْمَسْكَنِ، وَقُلْنَا: لَيْسَ لِلزَّوْجِ ذَلِكَ تَرَدُّدًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ مُلَازِمَةُ مَسْكَنِ النِّكَاحِ، فَلَوْ طُلِّقَتْ بَعْدَ الْإِنْتِقَالِ، لَازِمَتِ الْمُتَنَقِّلِ إِلَيْهِ، فَإِنْ أَذِنَ فِي الْإِنْتِقَالِ، وَطُلِّقَهَا فِي الطَّرِيقِ، فَالْمَسْكَنُ هُوَ الْأَوَّلُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَالثَّانِي؛ عَلَى وَجْهِهِ.

وَالْعَبْرَةُ فِي الْإِنْتِقَالِ بِالْبَدَنِ، لَا بِالْأَمْتِعةِ (ح)، وَلَوْ أَذِنَ لَهَا فِي سَفَرٍ، وَطُلِّقَ قَبْلَ مُفَارَقَةِ عُمْرَانَ الْبَلَدِ، فَلَهَا الْإِنْصِرَافُ، وَلَمْ يَجِبْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ كَيْلَا يَبْطُلَ عَلَيْهَا أَهْبَةُ السَّفَرِ، وَإِنْ كَانَ فِي الطَّرِيقِ، لَمْ يَلْزِمَهَا [وَح] ^(٣) الْإِنْصِرَافُ، وَكَانَ لَهَا إِمْتَامُ حَاجَتِهَا، وَيَجِبُ الرُّجُوعُ إِلَى الْمَسْكَنِ بَعْدَهُ؛ لِإِقْبَةِ الْمُدَّةِ، وَإِنْ أَنْقَضَتِ الْمُدَّةُ، فَلَا يَجِبُ، وَإِنْ كَانَ سَفَرُ نَزْهَةٍ، وَأَذِنَ الزَّوْجُ مُدَّةً؛ فَقِي جَوَازِ اسْتِيفَاءِ الْمُدَّةِ قَوْلَانِ، وَكَذَلِكَ فِي وَجُوبِ الْإِنْصِرَافِ عَنِ الطَّرِيقِ، وَفِي وَجُوبِ تَرْكِ الْإِغْتِكَافِ الْمَأْذُونِ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ خَرَجَتْ مَعَ الزَّوْجِ، فَطُلِّقَهَا، وَجَبَ عَلَيْهَا الْإِنْصِرَافُ؛ إِذْ لَيْسَ يَبْطُلُ أَهْبَتُهَا، إِذَا خَرَجَتْ بِأَهْبَةِ الزَّوْجِ، وَلَوْ أَذِنَ لَهَا فِي الْإِحْرَامِ، وَطُلِّقَ قَبْلَهُ، لَمْ تُحْرِمَ، وَإِنْ أَخْرَمَتْ بِعُمْرَةٍ أَوْ بِحَجٍّ، وَهِيَ فِي الْبَلَدِ، وَقَبْلَ تَأْخِيرِ الْحَجِّ، فَقِي وَجُوبُ التَّأْخِيرِ تَرَدُّدًا؛ لِمَا فِي مُصَابَرَةِ الْإِحْرَامِ مِنَ الْعُسْرِ، وَمَنْزِلِ الْبِدْوَةِ مَسْكِنُهَا، فَلَا تَفَارِقُ إِلَّا إِذَا رَحَلُوا، فَإِنْ رَحَلَ أَهْلُهَا، وَهِيَ فِي أَمْنٍ، لَوْ أَقَامَتْ، فَقِي تَرَدُّدًا؛ إِذْ مُفَارَقَةُ الْأَهْلِ تَعْسُرُ، وَلَوْ رَحَلَتْ مَعَهُمْ، وَأَرَادَتِ الْمُقَامَ بِقَرْيَةٍ، جَازَ؛ بِخِلَافِ

(١) قال الرافعي: «ولا تكتحل البيضاء بالإنمِد» يريد أن للسوداء أن تكتحل به، لأنه لا يفيدها جمالاً، والأكثرون نفوا الفرق بين السوداء والبيضاء وقالوا: إن فيه جمالاً للعينين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا بأس بالتختم بخاتم يحل للرجال» هذا وجه وقال الأكثرون ليس لها التحلي بالمتخذ من الذهب والفضة يستوي فيه الخاتم وغيره. [ت]

(٣) سقط من ب.

الْبَلَدِيَّةِ [فِي السَّفَرِ] ^(١)، وَلَوْ كَانَتْ فِي دَارٍ أُخْرَى، فَقَالَتْ: لَا أَتَقَلُّ؛ فَإِنِّي أَتَقَلْتُ بِالْإِذْنِ، فَأَنْكَرَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ.

وَإِنْ جَرَى الْخِلَافُ مَعَ الْوَرَّةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ^(٢)؛ إِذْ وَجُودُ الْإِنْتِقَالِ يَقْوِي جَانِبَهَا.

وَقِيلَ: فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ [بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ] ^(٣).

وَيَجُوزُ لَهَا مُفَارَقَةُ الْمَسْكَنِ بِعُذْرِ ظَاهِرٍ؛ لِحَاجَةِ الطَّعَامِ، أَوْ خَوْفِ الْمَالِ، وَالنَّفْسِ، وَالْهَجْرَةِ، وَإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا، وَلَا يَجُوزُ فِي طَلَبِ زِيَادَةٍ؛ كِتَابَةً، وَكَتَعَجِيلِ حَبَّةِ الْإِسْلَامِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِيمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ)، وَعَلَيْهِ أَلَّا يُخْرِجَهَا مِنْ مِلْكِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ نَفِيسًا لَا يَلِيقُ بِحَالِهَا، فَلَهُ أَنْ يَنْقُلَهَا إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ، وَلِيُطْلَبَ مَوْضِعًا قَرِيبًا؛ حَتَّى لَا يَبْعُدَ الْإِنْتِقَالُ ^(٤)، وَإِنْ كَانَتْ قَدْ رَضِيَتْ بِدَارٍ خَسِيسَةٍ، فَلَهَا الْإِنْتِقَالُ إِلَى أُخْرَى، وَعَلَيْهِ الْإِبْدَالُ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ مُدَاخَلَةُ الدَّارِ؛ لِأَجْلِ الْحُلُوةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا مَحْرَمٌ، أَوْ امْرَأَةٌ يَخْتَشِمُ جَانِبَهَا، أَوْ مَعَهُ زَوْجَةٌ أُخْرَى، أَوْ جَارِيَةٌ، أَوْ مَحْرَمٌ لَهُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْلُوَ رَجُلَانِ بِامْرَأَةٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَخْلُوَ رَجُلٌ بِنِسْوَةِ ثِقَاتٍ، وَلَهُ الدُّخُولُ إِنْ كَانَتْ فِي حُجْرَةٍ مُتَفَرِّدَةٍ الْمَرَافِقِ، وَإِلَّا لَمْ يَجْزِ إِلَّا مَعَ مَحْرَمٍ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ الدَّارِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عِدَّتُهَا بِالْأَشْهُرِ، فَيُخْرِجُ عَلَى بَيْعِ الدَّارِ الْمُكَرَّاةِ؛ لِأَنَّ آخِرَ الْأَقْرَاءِ وَالْحَمْلَ مَجْهُولٌ؛ وَذَاتُ الْأَشْهُرِ إِذَا تُوَفِّعَ طَرِيَانٌ حَبِضُهَا، فَبِئْسَ الْبَيْعُ خِلَافًا، فَإِنْ صَحَّحْنَا، فَحَاضَتْ، خُرُوجٌ عَلَى اخْتِلَاطِ الثَّمَارِ بِالسَّبْعِ، وَإِنْ كَانَ الْمَنْزِلُ مُسْتَعَارًا أَوْ مُسْتَأْجَرًا، فَعَلَى الزَّوْجِ الْإِبْدَالُ عِنْدَ رُجُوعِ الْمُعِيرِ، وَأَنْتِهَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ، فَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى الْأُجْرَةِ (م) وَأَفْلَسَ، ضَارَبَتْ بِأُجْرَةِ مُدَّةِ الْأَقْرَاءِ، إِنْ كَانَتْ مُسْتَقِيمَةً الْعَادَةِ، أَوْ الْأَقْلَ، إِنْ لَمْ تَسْتَقِمْ، وَلِلْحَمْلِ إِتِمَامُ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى الزِّيَادَةِ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ غَائِبًا، اسْتَقْرَضَ الْقَاضِي عَلَيْهِ، فَإِنْ اسْتَقَلَّتْ بِذَلِكَ، فَبِئْسَ رُجُوعُهَا خِلَافًا، وَإِنْ أَلْزَمْنَا الشُّكْنَى فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، فَهُوَ مِنَ التَّرَكَّةِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَرَكَةً، وَرَضِيَ الْوَارِثُ بِمَقَامِهَا، لَزِمَهَا الْمَلَازِمَةُ ^(٥)، وَقِيلَ: إِنَّمَا يَجِبُ، إِذَا كَانَ

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «ولو كانت في دار أخرى فقالت: لا أنتقل؛ فإني انتقلت بالإذن فالقول قوله وإن جرى الخلاف مع الوارث فالقول قولها إلى آخره» مقصود الصورة ما إذا قال الزوج لما طلقها: عودي إلى الدار الأولى واعتدي فيها فإنما أذنت لك في الخروج لغرض عارض، وقالت: أذنت للنقلة فأعتد في المنزل الثاني، والأكثرون قالوا: النص في صورة اختلاف الزوجين تصديق الزوجة، ففي صورة الخلاف الوارث مع الزوجة تصديق الوارث على خلاف ما نقله صاحب الكتاب [ت].

(٣) سقط من ب.

(٤) قال الرافعي: «وليطلب موضعاً قريباً حتى لا يبعد الانتقال» أراد به أن التقل إلى الأقرب مستحب، وظاهر كلام الأصحاب يدل على وجوبه [ت].

(٥) قال الرافعي: «وإن أُلزِمنا الشُّكْنَى في عدة الوفاة فهو من التركة، فإن لم تكن تركة ورَضِيَ الْوَارِثُ بِمَقَامِهَا لَزِمَهَا الْمَلَازِمَةُ إِلَى آخِرِهِ ذِكْرُ الْقَوْلَيْنِ تَفْرِيعاً عَلَى الْقَوْلِ بِوُجُوبِ الشُّكْنَى وَلَا يَكَادُ يُوْجَدُ حِكَايَةُ الْخِلَافِ عَلَى الْقَوْلِ بِوُجُوبِ الشُّكْنَى إِلَّا فِي هَذَا الْكِتَابِ، وَالْجُمْهُورُ أَطْلَقُوا الْقَوْلَ بِوُجُوبِ الْإِجَابَةِ تَفْرِيعاً عَلَى =

الشُّغْلُ مَوْهُومًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَيْسَ لِلْوَارِثِ تَعْيِينُ الْمَسْكَنِ عَلَيْهَا.

(الْقِسْمُ الثَّالِثُ مِنَ الْكِتَابِ: فِي الْأَسْتِبْرَاءِ^(١)، وَفِيهِ فُصُولٌ:

(الْأَوَّلُ): فِي قَدَرِهِ، وَحُكْمِهِ، وَشَرْطِهِ:

(أَمَّا الْقَدَرُ)، فَقَرُّهُ وَاحِدٌ، وَهِيَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ، وَلَا يَكْفِي بَقِيَّةُ حَيْضَةٍ^(٢).

وَقِيلَ: إِنَّهُ طَهْرٌ.

ثُمَّ فِي الْاِكْتِفَاءِ بِبَقِيَّةِ طَهْرٍ خِلَافٌ.

وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَشْهُرِ، فَشَهْرٌ وَاحِدٌ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَالْمُسْتَوْلِدَةُ إِذَا عَقَّتْ، اسْتَبْرَأَتْ بِقُرْبَى (ح) وَاحِدٍ^(٣)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، فَاسْتَبْرَأَتْهَا بِالْوَضْعِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الزَّوْنِ، كَانَ أَنْفِصَالُهُ كَأَنْفِصَالِ الْحَيْضِ.

(أَمَّا حُكْمُهُ)، فَهُوَ تَحْرِيمُ الْأَسْتِمْتَاعِ إِلَّا فِي الْمَسِيئَةِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْرُمُ إِلَّا وَطُوءَهَا.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ؛ أَنَّهُ يَحْرُمُ الْأَسْتِمْتَاعُ.

(وَأَمَّا شَرْطُهُ)، فَإِنْ يَفْعَ بَعْدَ حُصُولِ مِلْكٍ لَازِمٍ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَفْعَ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرَاةِ

(و)، وَلَا يَجُوزُ فِي الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَيَجُوزُ فِي الْوَصِيَّةِ، وَلَكِنْ بَعْدَ الْقَبُولِ وَمَوْتِ الْمُوصِي، وَلَا يَجُوزُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، إِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لِلْمُشْتَرِي، فَهُوَ كَمَا قَبْلَ الْقَبْضِ وَأَضْعَفُ، وَلَوْ كَانَتْ مَجْبُوسِيَّةً، أَوْ مُرْتَدَّةً، فَأَسْلَمْتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ حَيْضَةِ بَعْدَ الْمِلْكِ، فَفِيهِ خِلَافٌ؛ لِعَدَمِ مِطْلَاقِ الْأَسْتِمْتَاعِ، وَلَوْ تَعَدَّى بِوُطْنِهَا قَبْلَ الْأَسْتِبْرَاءِ، لَمْ يَنْقَطِعِ الْأَسْتِبْرَاءُ، فَإِنْ أَخْبَلَهَا، وَهِيَ حَائِضٌ، حَلَّتْ لِمَتَامِ الْحَيْضِ؛ بِسَبَبِ انْقِطَاعِهِ بِالْحَمْلِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي السَّبَبِ)، وَهُوَ اثْنَانِ:

= القولين جميعاً احتياطاً من الوارث كمال الموروث، وحكى صاحب الكتاب في «الوسيط» وغيره وجهين
تفريعاً على قول عدم الوجوب لا على قول الوجوب [ت].

(١) الاستبراء مأخوذ من التبرؤ، وهو التخلص، وإن كان مصدراً إلا أن المزيد يؤخذ من المجرد، ومما هو أقل منه زيادة. وهو لغة الاستقصاء، والبحث، والكشف عن الأمر الغامض وشرعاً: هو الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك؛ مراعاة لحفظ النسب.

وقال ابن عرفة مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق.

(٢) قال الرافعي: «ولا يكفي بقية حيضة» وقيل: إنه ظهر الخلاف فيه قولان ويقال: وجهان [ت].

(٣) قال الرافعي: «والمستولدة إذا عقت استبرأت بقرء واحد». المسألة مذكورة من بعد، ولو لم يذكرها في هذا الموضع لم يضر [ت].

(الأول): حُصُولُ الْمَلِكِ بِإِزْثٍ، أَوْ هِبَةٍ، أَوْ بَيْعٍ، أَوْ قَسَخٍ (ح)، أَوْ إِقَالَةٍ (ح)، وَإِنْ كَانَ الْأَنْتِقَالُ مِنْ أَمْرَةٍ، أَوْ صَبِيٍّ، وَجَبَ أَيْضًا، وَيَجِبُ فِي الْبَكْرِ [و] ^(١) وَالصَّغِيرَةِ [م] ^(٢) وَالْأَيْسَةِ، وَلَا يُجْزَى اسْتِئْزَاؤُهَا قَبْلَ الْبَيْعِ، وَيَجِبُ [ح] ^(٣) اسْتِئْزَاءُ الْمُكَاتَبَةِ، إِذَا عَادَتْ إِلَى الرُّقِّ بِالْعَجْزِ، وَلَا أَثَرَ لِتَحْرِيمِ الصَّوْمِ وَالرَّهْنِ، أَمَّا زَوَالُ تَحْرِيمِ الرَّدَّةِ وَالْإِحْرَامِ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَكَذَا فِي زَوَالِ تَحْرِيمِ التَّزْوِيجِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، فَعَادَتْ إِلَيْهِ بِالْقَسَخِ، فَيَجِبُ الْاسْتِئْزَاءُ، إِنْ قُلْنَا بِزَوَالِ مَلِكِهِ، أَوْ بِتَحْرِيمِ الْوَطْءِ، وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ وَجَبَ الْاسْتِئْزَاءُ عَلَى وَجْهِ لَتَبَدُّلِ جِهَةِ الْحِلِّ وَتَجَدُّدِ الْمَلِكِ وَلَوْ اشْتَرَى مُعْتَدَّةً، أَوْ مُرَوَّجَةً، اسْتِئْزَاهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ أَوْ الطَّلَاقِ.

وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَجِبْ عِنْدَ التَّمَلُّكِ؛ فَلَا يَجِبُ بَعْدَهُ.

(السَّبَبُ الثَّانِي): زَوَالُ الْفِرَاشِ عَنِ الْأَمَةِ (ح) الْمَوْطُوءَةِ ^(٤) وَالْمُسْتَوْلَدَةِ بِالْعِنَقِ، أَمَّا بِالْإِغْتِقَاقِ أَوْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، يُوجِبُ التَّرْتِصَ بِقَرءٍ وَاحِدٍ، وَمَنْ أَرَادَ تَزْوِيجَ الْأَمَةِ الْمَوْطُوءَةِ، فَعَلَيْهِ الْاسْتِئْزَاءُ بِحَيْضَةٍ (ح) قَبْلَ التَّزْوِيجِ، وَلَوْ اسْتِئْزَاهَا، ثُمَّ أَعْتَقَهَا، لَمْ يَجْزِ تَزْوِيجُهَا عَلَى وَجْهِهِ، إِلَّا بَعْدَ التَّرْتِصِ بِقَرءٍ؛ عَلَى وَجْهِهِ ^(٥)؛ لِأَنَّ الْعِنَقَ أَوْجَبَ ذَلِكَ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ زَوَّجَهَا الْمُشْتَرِي، وَقَدْ اسْتِئْزِئَتْ قَبْلَ الشُّرَاءِ.

وَقِيلَ: ذَلِكَ يَمْتَنِعُ فِي الْمُسْتَوْلَدَةِ، دُونَ الرَّقِيقَةِ لِشَبِّهِ فِرَاشِهَا بِفِرَاشِ النِّكَاحِ، وَالْمُسْتَوْلَدَةُ الْمُرَوَّجَةُ إِذَا أُعْتِقَتْ، فَفِي وَجُوبِ الْاسْتِئْزَاءِ عَلَيْهَا خِلَافٌ ^(٦)، وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ، وَأَرَادَ أَنْ يَنْكِحَهَا فِي مَدَّةِ التَّرْتِصِ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَالْمُسْتَوْلَدَةُ الْمُرَوَّجَةُ إِذَا مَاتَ زَوْجُهَا وَسَيِّدُهَا، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ أَوَّلًا، فَعَلَيْهَا لَوْفَاةُ الزَّوْجِ عِدَّةُ الْحَرَائِرِ، وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ أَوَّلًا، فَعَلَيْهَا عِدَّةُ الْإِمَاءِ، وَبَعْدَ ذَلِكَ عَلَيْهَا التَّرْتِصُ لِلْسَّيِّدِ بِحَيْضَةٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، إِنْ لَمْ تَحْضُ فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ مَاتَا مَعًا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ عِدَّتَهَا عِدَّةُ الْإِمَاءِ، وَمَهُمَا قَالَتْ: حِضْتُ، حَلَّ لِلْسَّيِّدِ، وَطَوَّهَا فِي الْاسْتِئْزَاءِ وَلَوْ أَمْتَنَعَتْ عَلَى السَّيِّدِ فَقَالَ أَخْبَرْتَنِي بِتَمَامِ الْاسْتِئْزَاءِ صَدَّقَ السَّيِّدُ وَهَلْ لَهَا أَنْ تُحْلَفَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَدَّعَتْ تَحْرِيمًا بِسَبَبِ وَطْءِ الْمَوْرَثِ، فَهَلْ تُسْمَعُ دَعْوَاهَا لِلتَّخْلِيفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْفَضْلُ الثَّالِثُ) فِيمَا تَصِيرُ بِهِ الْأَمَةُ فِرَاشًا، وَهُوَ الْإِقْرَارُ (ح) بِالْوَطْءِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى الْاسْتِئْزَاءِ،

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) قال الرافعي: «زوال الفراش عن الأمة الموطوءة» والتعرض للفراش يغني عن ذكر الوطء فإنها به تكون فراشاً[ت].

(٥) قال الرافعي: «فلو استبرأها ثم أعتقها لم يجز تزويجها إلا بعد الترتيص بقراءة على وجه» قيل: هو قول [ت].

(٦) قال الرافعي: «والمستولدة المزوجة إذا عتقت ففي وجوب الاستبراء عليها خلاف» قولان [ت].

فَإِنْ أَدَّعَى الْأَسْتَبْرَاءَ بَعْدَ الْوَطْءِ، لَمْ يَلْحَقْهُ الْوَلَدُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ.

وَقِيلَ: يَلْحَقُ، وَلَا يَنْتَفِي إِلاَّ بِاللَّعَانِ، وَلَوْ أَدَّعَتْ أُمِّيَّةُ الْوَلَدِ، فَلَهَا تَخْلِيْفُهُ، فَيَخْلِفُ أَنَّهُ مَا وَطَّئَهَا بَعْدَ الْحَيْضِ.

وَعَلَى وَجْهِ يَقُولُ فِي الْيَمِينِ: وَلَيْسَ الْوَلَدُ مِنِّي.

وَلَوْ أَتَتْ بَعْدَ إِفْرَارِ الْوَطْءِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَهَذَا أَوْلَى بِأَلَّا يَلْحَقَ مِنْ صُورَةِ دَعْوَى الْأَسْتَبْرَاءِ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْوَلَدِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ إِلاَّ مِنْ وَطْءٍ آخَرَ، وَكَأَنَّ هَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهَا لَا تَصِيرُ فِرَاشاً بِمُجَرَّدِ الْإِفْرَارِ، وَلَكِنْ مَا يَفْتَضِيهِ الْإِفْرَارُ يُؤَاخِذُ بِهِ، وَلَوْ أَدَّعَى الْعَزْلَ، لَحَقَهُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِإِثْبَانِهَا فِي غَيْرِ الْمَأْتَى، لَمْ يَلْحَقْهُ الْوَلَدُ، وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ، فَوَلَدَتْ لِرِمَانٍ يُحْتَمَلُ مِنَ الْمَلَكَيْنِ، لَحَقَهُ (و) فَلَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ مَا لَمْ يُقَرَّرَ بِالْوَطْءِ، فَإِنْ أَقَرَّ، وَاحْتُمِلَ أَنْ يَكُونَ مِنَ النِّكَاحِ، فَفِي أُمِّيَّةِ الْوَلَدِ مَعَ الْإِحْتِمَالِ تَرَدُّدٌ.

(كِتَابُ الرِّضَاعِ، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ:)

(الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَزْكَائِهِ)

وَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

(الْأَوَّلُ: الْمُرْضِعَةُ)، وَهِيَ كُلُّ أَمْرَأَةٍ حَيَّةٍ تَحْتَمِلُ الْوِلَادَةَ؛ فَلَا حُكْمَ لِلْبَنِّ الْبُهِيمَةِ، وَلَا لِلْبَنِّ الرَّجُلِيِّ^(١) (ح و)، وَلَا لِلْبَنِّ الْمَيِّتَةِ (ح م)، فَإِنْ حُلِبَ لَبَنُهَا، فَمَاتَتْ، فَشَرِبَ الصَّبِيُّ بَعْدَ مَوْتِهَا، حَرُمٌ؛ عَلَى أَصَحِّ الْمَذْهَبَيْنِ (و)، وَلَا حُكْمَ لِلْبَنِّ الصَّغِيرَةِ دُونَ تِسْعِ سِنِينَ، وَبَعْدَ تِسْعِ سِنِينَ يُحَرِّمُ لَبَنُهَا؛ لِاحْتِمَالِ الْبُلُوغِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُجَرِّدُ اللَّبَنِ دَلِيلَ الْبُلُوغِ، وَفِي لَبَنِ الْبِكْرِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يُؤْتَرُ.

(الثَّانِي: اللَّبَنُ)، وَالْمُعْتَبَرُ وَصُولُ عَيْنِهِ أَوْ عَيْنِ مَا حَصَلَ مِنْهُ مِنْ جُبْنِ (ح)، أَوْ أَقِطِ (ح)، سِوَاءِ كَانَ صِرْفًا أَوْ مَخْلُوطًا بِمَائِهِ، مَا لَمْ يَصِرْ مَغْلُوبًا بِحَيْثُ لَا يُؤْتَرُ فِي التَّغْذِيَةِ قَطْعًا، فَإِنْ صَارَ مَغْلُوبًا؛ فَإِنْ أَمْتَزَجَ بِأَقَلِّ مِنْ قَلْتَيْنِ^(٢)، وَشَرِبَ الصَّبِيُّ كُلَّهُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ شَرِبَ بَعْضَهُ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، فَإِنْ أَمْتَزَجَ بِقَلْتَيْنِ، وَشَرِبَ بَعْضَهُ، لَمْ يُؤْتَرِ، وَإِنْ شَرِبَ كُلَّهُ، فَقَوْلَانِ؛ فَلَا يَخْسُنُ اغْتِيَاؤُ الْقَلْتَيْنِ مِنْ غَيْرِ الْمَاءِ.

(الثَّالِثُ: الْمَحَلُّ)، وَهُوَ مَعْدَةُ الصَّبِيِّ الْحَيِّ، فَلَا أَثَرُ لِلإِصَالِ إِلَى مَعْدَةِ الْمَيِّتِ، وَلَا إِلَى جَوْفِ الْكَبِيرِ، أَعْنِي بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ.

وَأَمَّا الْحَقْنَةُ وَالسَّعُوطُ^(٣) وَالتَّقْطِيرُ فِي الإِخْلِيلِ وَالْجِرَاحَةِ، فَحَيْثُ لَا إِفْطَارَ لَا تَحْرِيمَ، وَحَيْثُ يَخْضُلُ الْإِفْطَارُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَأَوَّلَاهُمَا بِالتَّحْرِيمِ السَّعُوطُ؛ لِاتِّصَالِ الدِّمَاغِ بِالمَعْدَةِ، وَشَرْطُ الرِّضَاعِ الْعَدَدُ، (ح م و) وَهُوَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ، وَيَخْضُلُ التَّغْدِيدُ بِتَخَلُّلِ فَضْلِ بَيْنِ الرِّضَعَاتِ، وَلَا يَخْضُلُ بَأَنِّ يَلْفِظَ الصَّبِيُّ اللَّذِي أَوْ يَتَحَوَّلَ إِلَى الثَّانِي، أَوْ يَلْهُوَ لِحَفْظَةٍ، بَلْ مَا يُعَدُّ فِي الْعُزْفِ وَالتَّمْيِيزِ رَضَعَتَيْنِ.

(فَرَعٌ): لَوْ شَكَّكْنَا فِي الْعَدَدِ، فَلَا تَحْرِيمَ، وَإِنْ شَكَّكْنَا فِي وَقُوعِهِ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ، فَقَدْ تَقَابَلَ أَضْلَانِ، وَهُوَ بَقَاءُ الْمُدَّةِ وَعَدَمُ التَّحْرِيمِ، لَكِنَّ الْأَصَحَّ (و) أَنَّهُ لَا تَحْرِيمَ إِلَّا

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وإن صار مغلوباً فإن امتزج بأقل من قلتين إلى آخره». هذا طريق والطريق الأظهر أنه لا فرق بين الماء وغيره من المائعات، بل تتعلق الحرمة بالمخلوط إن كان اللبن غالباً، وإن كان مغلوباً ففي قول: لا يتعلق به التحريم، والأصح التعلق، وعلى هذا فإن شربه كله ثبت التحريم، وإن شرب بعضه فلا يثبت في أصح الوجهين [ت].

(٣) قال الرافعي: «وأما الحقنة والسعوط إلى آخره» الذي ذكره في السعوط وهو إثبات الخلاف أحد الطريقين، والأصح القطع بثبوت التحريم [ت].

يَقِين^(١).

(قَاعِدَةٌ): لَوْ كَانَ لِلرَّجُلِ خَمْسُ مُسْتَوْلَدَاتٍ، أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَمُسْتَوْلَدَةٌ، فَأَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِلَبَانِهِ مَرَّةً، لَمْ يُحْرَمِ الْمُزْتَضِعُ عَلَيْهِنَّ، وَيُحْرَمُ عَلَى الْفَخْلِ (و)؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ الْعَدَدُ فِي حَقِّهِ، وَهُوَ لَيْسَ تَابِعًا لِلأَمِّ؛ هَذَا أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَهُنَّ خَمْسُ بَنَاتٍ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْأَبِّ يَخْصُلُ، وَالْأَخَوَاتُ كَالْبَنَاتِ، وَلَوْ كُنَّ مُخْتَلِفَاتٍ؛ كَأُمِّ وَبْنَتٍ وَأُخْتٍ وَزَوْجَةٍ وَجَدَّةٍ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لَا يُحْرَمُ؛ إِذْ لَا يَخْصُلُ مِنْ مَجْمُوعِهَا قَرَابَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ أَرْضَعَ خَمْسُ مُسْتَوْلَدَاتٍ عَلَى التَّوَالِي، فَهِيَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِتَعَدُّ الْمُرْضِعِ، وَقِيلَ: تَعَدُّ الْمُرْضِعَةَ كَتَعَدُّ الشَّيْءِ.

(البَابُ الثَّانِي: فِيمَنْ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ)

وَالْأَصُولُ فِيهِ الْمُزْتَضِعُ وَالْمُرْضِعَةُ وَالْفَخْلُ (و)، وَلَمَّا حُرِّمَتِ الْمُرْضِعَةُ عَلَى الرِّضِيعِ، حُرِّمَ أَيْضًا عَلَيْهِ أُمَهَاتُهَا مِنَ الرِّضَاعِ، وَالنَّسَبِ؛ فَإِنَّهُنَّ جَدَّاتٌ، وَأَخَوَاتُهَا مِنَ النَّسَبِ وَالرِّضَاعِ خَالَاتٌ، وَأَوْلَادُهَا مِنَ الْجِهَتَيْنِ إِخْوَةٌ، وَكَذَلِكَ أَوْلَادُ الْإِخْوَةِ، وَكَذَلِكَ أَوْلَادُ الرِّضِيعِ أَخْفَادُ الْمُرْضِعَةِ، وَلَا يُحْرَمُ الْمُرْضِعَةُ عَلَى أَبِ الْمُزْتَضِعِ وَعَلَى أَخِيهِ، وَكَذَلِكَ زَوْجُ الْمُرْضِعَةِ أَبُو الْمُزْتَضِعِ، وَأَبُوهُ جَدُّهُ، وَأَخُوهُ عَمُّهُ، وَوَلَدُهُ أَخُوهُ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ، لَكِنْ يُغْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ اللَّبَنُ مِنْ وَلَدِ الْفَخْلِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مِنَ الرَّثَا أَوْ مَنُفِيًّا بِاللَّعَانِ، فَلَا نِسْبَةَ لِلْبَنِ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مِنْ وَطءِ الشُّبْهَةِ، انْتَسَبَ الْوَلَدُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ أَيْضًا، فَلَوْ وَطِئَتِ الْمَنْكُوحَةُ بِالشُّبْهَةِ وَأَتَتْ بِوَلَدٍ، يُحْتَمَلُ مِنْهُمَا، فَأَرْضَعَتْ صَغِيرَةً، فَهِيَ وَلَدٌ مَنْ يَبْتُ لَهٗ نَسَبُ الْوَلَدِ؛ بِالْحَاقِ الْقَائِفِ، أَوْ بِانْتِسَابِ الصَّغِيرِ بَعْدَ بُلُوغِهِ^(٢)، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْانْتِسَابِ، انْتَسَبَ الرِّضِيعُ؛ عَلَى وَجْهِ بِنْتِصِهِ، وَبَقِيَ مُشْتَبِهًا، عَلَى وَجْهِهِ، فَيُحْرَمُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا، وَفِي وَجْهِ ثَالِثٍ لَهُ أَنْ يُوَاصِلَ أَيُّهُمَا شَاءَ، وَلَكِنْ إِذَا وَاصَلَ أَحَدَهُمَا، امْتَنَعَ عَلَيْهِ الثَّانِي، وَلَوْ كَانَ لَبَنُ الْمُطْلَقَةِ دَارًا، فَرَضِيعُهَا ابْنُ الْمُطْلَقِ، وَلَوْ بَعْدَ عَشْرِ سِنِينَ إِلَى أَنْ تَضَعَ حَمْلًا مِنْ وَطءِ غَيْرِهِ؛ فَإِذَا ذَاكَ يَنْقَطِعُ نَسَبُ اللَّبَنِ عَنْهُ، أَمَّا فِي مَدَّةِ الْحَمْلِ، فَالْبَنُ (ح) لِلثَّانِي؛ عَلَى وَجْهِ^(٣) (و)، وَلِلأَوَّلِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَهُمَا؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَهَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ قَدْ انْقَطَعَ، ثُمَّ عَادَ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَهُمَا؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَا صَائِرٌ إِلَى تَخْصِيصِهِ بِالثَّانِي.

(١) قال الرافعي: «لكن الأصح أنه لا تحريم إلا بيقين»، أي من القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو وطئت المنكوحه بالشبهة، وأتت بولد، يحتمل أن يكون منهما فأرضعت صغيرة إلى أن قال: أو بانتساب الصغير بعد بلوغه» لا ضرورة إلى التصوير في الصغيرة بل الصغير، كالصغيرة وإذا كان كذلك فالتذكير أولى، ولو طرح لفظ الصغير في قوله: أو بانتساب الصغير وقال بانتسابه بعد بلوغه أو بانتساب المولود كان أحسن. [ت]

(٣) قال الرافعي: «أما في مدة الحمل فاللبن للثاني على وجه إلى آخره» هذه أقوال مشهورة لا وجوه، وكذا الحال في قوله: فهو للأول على وجه، ولهما على وجه [ت].

(البَابُ الثَّالِثُ فِي الرِّضَاعِ الْقَاطِعِ لِلنِّكَاحِ وَحُكْمِ الْغُرْمِ، وَفِيهِ أَصْلَانِ)

(الأوّل): إِذَا كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ أَوْ زَوْجَتُهُ بِلَبَانِهِ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا وَيَجِبُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ تَمَامُ مَهْرِ الْمَثَلِ (ح)؛ عَلَى قَوْلِ، وَنِصْفُهُ؛ عَلَى قَوْلِ، وَتَمَامُ الْمُسَمَّى؛ عَلَى قَوْلِ، وَنِصْفُهُ؛ عَلَى قَوْلِ.

أَمَّا إِذَا كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتْ أُمُّ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ؛ حَتَّى صَارَتَا أُخْتَيْنِ، أُنْدَفَعَتَا (و) جَمِيعًا، وَغُرِمَتِ الْمُرْضِعَةُ مَهْرُ الْكَبِيرَةِ الْمَمْسُوسَةِ؛ عَلَى الْقَوْلِ الصَّحِيحِ.

وَفِي قَوْلِ: لَا تُغْرَمُ شَيْئًا، كَمَا لَوْ أَرْتَدَّتِ الزَّوْجَةُ، وَالْغُرْمُ يَجِبُ بِفِعْلِهَا، فَلَوْ نَامَتْ، فَدَبَّتْ إِلَيْهَا الصَّغِيرَةُ، وَأَرْتَضَعَتْ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (و)، وَيَسْقُطُ مَهْرُ الصَّغِيرَةِ بِفِعْلِهَا، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. وَقِيلَ: لَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى.

(الأصلُ الثاني: الْمُصَاهَرَةُ)، وَقَدْ يَتَعَلَّقُ بِالرِّضَاعِ، فَمَنْ نَكَحَ رَضِيعَةً حُرِّمَ عَلَيْهِ مُرْضِعَتُهَا؛ لِأَنَّهَا أُمُّ زَوْجَتِهِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ أَبَانَ صَغِيرَةً، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ مِنْ أَرْضَعَتْهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَلَا نَظَرَ إِلَى التَّارِيخِ فِي ذَلِكَ، وَإِذَا نَكَحَتِ الْمُطَلَّقَةَ صَغِيرًا أَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَانِ الزَّوْجِ، حُرِّمَتِ الْمُرْضِعَةُ عَلَى الْمُطَلَّقِ، لِأَنَّهَا صَارَتْ زَوْجَةَ الرِّضِيعِ، وَالرِّضِيعُ ابْنُ الْمُطَلَّقِ، وَكَذَلِكَ الْمُسْتَوْلَدَةُ، وَإِذَا نَكَحَ زَيْدٌ كَبِيرَةً وَعَمَرُو صَغِيرَةً، فَطَلَقَاهُمَا، ثُمَّ نَكَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَةً صَاحِبِهِ، فَأَرْضَعَتْ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ، حُرِّمَتِ الْكَبِيرَةُ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهَا أُمُّ الصَّغِيرَةِ الَّتِي كَانَتْ زَوْجَتَهُمَا، وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ، فَرَبِيبَتُهُ، لِأَنَّهَا بِنْتُ الْكَبِيرَةِ، فَيُنْظَرُ إِلَى أَنَّ الْكَبِيرَةَ مَدْخُولٌ بِهَا أَمْ لَا.

وَيَتَشَعَّبُ مِنْ هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ فُرُوعٌ:

(الأوّل): إِذَا كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتْهَا الْكَبِيرَةُ بِلَبَانِهِ، حُرِّمَتَا أَبَدًا؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ أُمُّ زَوْجَتِهِ، وَالصَّغِيرَةَ بِنْتُهُ، وَإِنْ كَانَ بِلَبَانِ غَيْرِهِ، لَمْ تَصِرِ الصَّغِيرَةُ بِنْتُهَا، بَلْ رَبِيبَةٌ مُحَرَّمَةٌ، إِنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا، وَإِنَّمَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُهَا؛ لِأَنَّهَا أَجْتَمَعَتْ مَعَ الْأُمِّ فِي النِّكَاحِ فَيَنْدَفِعَانِ، وَلَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِ الصَّغِيرَةِ.

(الثاني): لَوْ كَانَ مَعَ الْكَبِيرَةِ ثَلَاثُ صَغَائِرٍ، فَأَوْجَرَتْهُنَّ لِبَنَاتِهَا الْمَخْلُوبِ فِي دَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ، أُنْدَفَعَ نِكَاحُ الصَّغَائِرِ؛ لِلْأُخُوَّةِ بَيْنَهُنَّ؛ وَلِلْاجْتِمَاعِ مَعَ الْأُمِّ، وَلَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِهِنَّ سِوَى الْكَبِيرَةِ، فَإِنْ كَانَ بِلَبَانِهِ، حُرِّمَتْ عَلَى التَّائِبِ، وَلَوْ أَرْضَعَتْ الْأُولَى مَعًا، ثُمَّ الثَّالِثَةُ، لَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُهَا مَعَ الْمُرْتَضِعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ، وَلَمْ يَنْفَسَخِ نِكَاحُ الثَّالِثَةِ، فَإِنَّهَا أَرْضَعَتْ بَعْدَ أُنْدِفَاعِ نِكَاحِ أُمِّهَا فَأُخْتَيْهَا، وَلَوْ أَرْضَعَتْ الْجَمِيعَ؛ عَلَى التَّوَالِي، أُنْدَفَعَ نِكَاحُ الْكَبِيرَةِ مَعَ الْأُولَى، وَلَمْ يَنْفَسَخِ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ فِي الْحَالِ، وَيَنْفَسَخُ نِكَاحُ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ أَرْضَعَتْهَا، وَتَحْتَهُ الثَّانِيَةُ، وَهَلْ يَخْتَصُّ الْأُنْدِفَاعُ بِالثَّالِثَةِ، أَمْ يُقَالُ: هِيَ وَإِنْ كَانَتْ آخِرَةً وَسَبَبًا لِلْاجْتِمَاعِ، فَلَيْسَتْ بِأُولَى مِنَ الثَّانِيَةِ، فَيَنْدَفِعَانِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَكَذَا لَوْ أَرْضَعَتْ أُجْنَبِيَّةٌ صَغِيرَتَيْنِ تَحْتَ زَوْجٍ؛ عَلَى التَّوَالِي، أُنْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ، وَفِي الْأُولَى الْقَوْلَانِ.

(الثالث): تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرَ، وَلِلْكَبِيرَةِ ثَلَاثُ بَنَاتٍ، أَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ صَغِيرَةً، صَارَتْ الْكَبِيرَةُ جَدَّةَ الصَّغَائِرِ، وَحُرِّمَتْ عَلَى التَّائِيْدِ، وَأَمَّا الصَّغَائِرُ، صِرْنَ رَبَائِبَ، فَيَحْرَمْنَ عَلَى التَّائِيْدِ، إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِالْكَبِيرَةِ.

(البَابُ الرَّابِعُ: فِي النِّزَاعِ)

فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى الرِّضَاعِ، أَغْنَى الزَّوْجَيْنِ، فَلَا مَهْرَ، وَأَنْدَفَعَ النِّكَاحُ، وَإِنْ أَدَّعَى الزَّوْجُ، وَأَنْكَرَتْ، أُنْدَفَعَ النِّكَاحُ، وَلَمْ يَنْسَقُطْ مَهْرُهَا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ وَإِنْ أَدَّعَتْ هِيَ وَأَنْكَرَ لَمْ يَنْدَفِعِ النِّكَاحُ وَلَكِنَّهَا لَا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ، فَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ (و) مَقْبُوضًا، لَمْ يَقْدِرِ الزَّوْجُ عَلَى اسْتِزْدَادِهِ مَعَ الْإِنْكَارِ، وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الْحَلْفِ، فَيَحْلِفُ مُدَّعِي الرِّضَاعِ عَلَى الْبَتِّ (و)، وَمُنْكَرُهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، أَمَّا الشَّهَادَةُ، فَتَنْبُتُ (ح) بِقَوْلِ أَزْوَاجِ نِسْوَةٍ، فَإِنْ شَهِدَتْ أُمُّهَا وَأَبْنَتُهَا، وَهِيَ مُنْكَرَةٌ، قُبِلَ، وَإِنْ كَانَتْ مُدَّعِيَةً، فَلَا، وَيُقْبَلُ أَبْتِدَاءً مِنْهُمَا بِطَرِيقِ الْحُسْبَةِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُرْضِعَةِ؛ لِأَنَّ فِعْلَهَا غَيْرُ مَقْصُودٍ بِالْإِنْبَاتِ، بَلْ وَصُولُ اللَّبَنِ، إِلَّا أَنْ يَطْلُبَ الْأَجْرَةَ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا، وَإِنَّمَا يَعْرِفُ الشَّاهِدُ وَصُولَ اللَّبَنِ إِلَى الْجَوْفِ بِقَرِينَةٍ مُشَاهِدَةٍ أَلَا لِقَامِ، وَالتَّجَوُّعِ، وَحَرَكَةِ الْحَلْقِ، ثُمَّ يَشْهَدُ عَلَى الْبَتِّ؛ بِأَنَّ بَيْنَهُمَا رِضَاعًا مُحَرَّمًا^(١)، وَإِنْ شَهِدَ عَلَى فِعْلِ الْإِرْضَاعِ، فَلْيَذْكُرِ الْوَقْتَ وَالْعَدَدَ، وَهَلْ عَلَيْهِ ذِكْرُ وَصُولِ اللَّبَنِ إِلَى الْجَوْفِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا يَكْفِي أَنْ يَخْكِيَ الْقَرَّائِنَ؛ فَيَقُولَ: رَأَيْتُهُ قَدْ أَلْتَمَ اللَّدْيَ، وَحَلَقَهُ يَتَحَرَّكُ.

(١) قال الرافعي: «لم يشهد على البت أن بينهما رضاعاً محرماً» ظاهره قبول الشهادة المطلقة هكذا، وهو وجه الأكثرين على أنه لا بد من التفصيل، والتعرض للشرائط [ت].

(كِتَابُ النَّفَقَاتِ)

وَأَسْبَابُهَا ثَلَاثَةٌ: النِّكَاحُ، وَالْقَرَابَةُ، وَالْمِلْكُ.

السَّبَبُ الْأَوَّلُ: النِّكَاحُ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ:

(الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ وَكَيْفِيَّتِهَا، وَفِيهِ فُضْلَانِ:)

(الْفُضْلُ الْأَوَّلُ: فِي وَاجِبَاتِ النَّفَقَةِ)، وَهِيَ سِتَّةٌ:

(الْوَاجِبُ الْأَوَّلُ):

الطَّعَامُ، وَهُوَ مُدٌّ (ح م و) عَلَى الْمُغْسِرِ، وَمُدَّانِ (ح م و) عَلَى الْمُوسِرِ، وَمُدٌّ وَنِصْفُ (ح م و) عَلَى الْمُتَوَسِّطِ، وَلَا تُغْتَبَرُ الْكِفَايَةُ (ح م ز)، وَلَا يُغْتَبَرُ حَالُ الْمَرْأَةِ (ح) فِي مَنْصِبِهَا، وَالْمُغْسِرُ هُوَ الَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ، وَهُوَ الْمِسْكِينُ الَّذِي يَأْخُذُ سَهْمَ الْمَسَاكِينِ، وَالْمُتَوَسِّطُ هُوَ الَّذِي لَوْ كُلَّفَ مُدَّانِ، لَرَجَعَ إِلَى الْمَسْكِنَةِ، وَمَنْ جَاوَزَ ذَلِكَ، فَهُوَ مُوسِرٌ (و)، وَالْمُكَاتَبُ وَالْعَبْدُ مُغْسِرَانِ، وَكَذَا مَنْ يَنْصِفُهُ (ز) حُرٌّ، وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، أَمَّا جِنْسُ الطَّعَامِ، فَغَالِبُ قُوْتِ الْبَلَدِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَمَا يَلِيقُ بِالزَّوْجِ.

(الْوَاجِبُ الثَّانِي): الْأَذْمُ، وَهُوَ مِكِيلَةُ زَيْتٍ أَوْ سَمْنٍ كُلِّ يَوْمٍ تَقْرِيْبًا، وَرَطْلُ لَحْمٍ فِي الْأُسْبُوعِ لِلْمُغْسِرِ (و ز)، وَرَطْلَانِ لِلْمُوسِرِ.

وَقِيلَ: يُزَادُ عَلَيْهِ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ، إِذَا كَانَتِ الْعَادَةُ تَقْتَضِيهِ، وَلَوْ تَبَرَّمَتْ بِجِنْسٍ وَاحِدٍ مِنَ الْأَذْمِ، فَلَهَا السَّعْيُ فِي الْإِبْدَالِ، وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ الْأَذْمَ، وَإِنْ لَمْ تَأْكُلْ.

(الْوَاجِبُ الثَّلَاثُ): نَفَقَةُ الْخَادِمَةِ لِمَنْ يَفْتَضِي مَنْصِبَهَا الْخِدْمَةَ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ شِرَاءُ خَادِمَةٍ وَتَمْلِيْكُهَا، وَلَكِنْ يَجِبُ الْإِخْدَامُ بِاسْتِئْجَارِ حُرَّةٍ، أَوْ اسْتِخْدَامِ مَمْلُوكَةٍ، أَوْ الْإِنْفَاقِ عَلَى جَارِيَّتِهَا، وَلِلْخَادِمَةِ مُدٌّ عَلَى الْمُغْسِرِ، وَمَنْ^(١) عَلَى الْمُوسِرِ، وَلَا مَزِيدَ، وَهُوَ قَدْرُ كِفَايَتِهَا فِي الْغَالِبِ^(٢)، وَفِي اسْتِحْقَاقِهَا الْأَذْمَ وَجْهَانِ.

وَلَوْ خَدَمَتْ بِنَفْسِهَا، فَلَيْسَ (و) لَهَا نَفَقَةُ الْخَادِمَةِ، وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَتَوَلَّى الْخِدْمَةَ فِيمَا لَا يَسْتَحْيِي مِنْهُ^(٣)؛ لِيُخَفَّفَ عَنْ نَفْسِهِ بَعْضَ مُؤْنَةِ الْخَادِمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ إِبْدَالُ خَادِمَتِهَا الْمَأْلُوفَةِ إِلَّا بِرِبْيَةٍ، وَلَهُ أَنْ

(١) فِي ب: مَد وَثَلث.

(٢) قَالَ الرَّافِعِي: «لِلْخَادِمَةِ مُدٌّ عَلَى الْمُغْسِرِ: إِلَى قَوْلِهِ: وَهُوَ قَدْرُ كِفَايَتِهَا فِي الْغَالِبِ» أَشَارَ بِهِ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي الْوَسِيطِ أَنَّ ذَكَرَ الْمَد وَالثَّلَثَ. عَلَى التَّقْرِيبِ وَالصَّحِيحِ أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَى كِفَايَتِهَا، وَظَاهِرُ مَا أَجْرَاهُ الْأَصْحَابُ التَّقْدِيرُ. [ت]

(٣) قَالَ الرَّافِعِي: «وَالزَّوْجُ أَنْ يَتَوَلَّى الْخِدْمَةَ فِيمَا لَا يَسْتَحْيِي مِنْهُ إِلَى آخِرِهِ» يَرِيدُ مَا لَا يَسْتَحْيِي مِنْهُ كَغَسْلِ الثَّوبِ وَاسْتِقَاءِ الْمَاءِ وَالْكَسْ وَالطَّبْخَ مَا يَسْتَحْيِي مِنْهُ كَصَبِ الْمَاءِ عَلَى يَدَيْهَا، وَحَمْلِهِ إِلَى الْمَسْتَحِمِّ، وَغَسْلِ =

يُخْرِجَ سَائِرَ خَدَمَتِهَا سِوَى الْوَاحِدَةِ؛ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهِ سُكْنَاهُنَّ، بَلْ لَهُ مَنَعُ أَبْوَابِهَا مِنَ الدُّخُولِ، وَمَنَعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ لِلزِّيَارَةِ، وَالرَّقِيقَةُ الْمَنُكُوحَةُ الَّتِي تُخْدَمُ لِجَمَالِهَا، تَسْتَحِقُّ نَفَقَةَ الْخَادِمِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الْوَجِبُ الرَّابِعُ) الْكُسُوفُ، وَهِيَ فِي الصَّنِيفِ خِمَازٌ وَقَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ وَمَكْعَبٌ^(١)، وَفِي الشِّتَاءِ يَزِيدُ الْجُبَّةَ، وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ لَتَنِ الْبَصُرَةِ لِلْمُوسِرِ، أَغْنَى الْكِزْبَاسَ، وَمِنْ غَلِيظِهِ لِلْمُعْسِرِ، وَمَا بَيْنَهُمَا لِلْمُتَوَسِّطِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ عَادَتِهَا الْحَرِيرُ وَالْكَتَّانُ، لَمْ يَلْزَمْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ فَإِنَّهُ رُغُونَةٌ، وَلَا بُدَّ مَعَ ذَلِكَ مِنْ مِلْحَقَةٍ وَشِعَارٍ^(٢) وَمُضَرَّبَةٍ (و) وَثِيْرَةٍ وَمِخْدَةٍ وَلَبْدٍ تَحْتَهُ أَوْ حَصِيرٍ.

وَهَلْ لَهَا طَلَبُ زِلْيَةٍ^(٣) تُفَرِّشُ نَهَارًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا بُدَّ مِنَ آلَةِ الطَّنْخِ، وَآلَةِ الشَّرْبِ مِنْ كُوزٍ وَجَرَّةٍ وَقِدْرٍ وَمِغْرَفَةٍ، وَيَكْفِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الْخَرْفِ وَالْحَجَرِ وَالْخَشَبِ، وَكُسُوفَةُ الْخَادِمَةِ أَحْسَنُ جِنْسًا، وَطَعَامُهَا مِثْلُ طَعَامِ الْمَخْدُومَةِ، وَفِي جِنْسِ إِدَامِهَا تَرَدُّدٌ، وَتَسْتَحِقُّ الْخَادِمَةُ الْخُفَّ دُونَ الْمَخْدُومَةِ.

(الْوَجِبُ الْخَامِسُ: آلَةُ التَّنْظِيفِ)، وَهُوَ الْمِشْطُ وَالذُّهْنُ، وَلَا يَجِبُ الْكُخْلُ وَالطَّيْبُ، وَيَجِبُ الْمَرْتَكُ لِلْمُسْتَأْنِ، وَلِلزَّوْجِ مَنَعُهَا مِنْ تَعَاطِي الثَّوْمِ، وَمَا لَهُ رَائِحَةٌ مُؤْذِيَةٌ، وَمِنْ تَنَاوُلِ الشَّمِّ، وَهَلْ لَهُ الْمَنَعُ مِنَ الْأَطْعِمَةِ الْمُفْرِصَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا تَسْتَحِقُّ الدَّوَاءَ لِلْمَرَضِ، وَلَا أَجْرَةَ الْحِجَامَةِ، وَلَا أَجْرَةَ الْحَمَامِ إِلَّا إِذَا اشْتَدَّ الْبَرْدُ^(٤)، وَالْخَادِمَةُ لَا تَسْتَحِقُّ آلَةَ التَّنْظِيفِ.

(الْوَجِبُ السَّادِسُ: السُّكْنَى)، وَعَلَيْهِ أَنْ يُسَكِّنَهَا دَارًا تَلِيْقُ بِهَا؛ إِمَّا بِعَارِيَةٍ، أَوْ بِإِجَارَةٍ، أَوْ مِلْكٍ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ الْإِنْفَاقِ)، أَمَّا الطَّعَامُ، فَيَجِبُ فِيهِ تَمْلِكُ الْحَبِّ وَمُؤَنَةِ الطَّحْنِ وَالْخَبْزِ وَإِصْلَاحِ اللَّحْمِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا الْأَكْلَ مَعَهُ، فَإِنْ كَانَتْ تَأْكُلُ، سَقَطَ نَفَقَتُهَا؛ عَلَى أَحْسَنِ الْوَجْهَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ تَعْتَاضَ الدَّرَاهِمَ عَنِ التَّقَفِّ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ أَخَذَتْ الْخَبْزَ، فَهُوَ أَوْلَى بِالْمَنَعِ، لِمَا فِيهِ مِنَ الرِّبَا، وَلَهَا طَلَبُ التَّقَفِّ صَبِيحَةَ كُلِّ يَوْمٍ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا الصَّبْرُ إِلَى اللَّيْلِ، وَلَوْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ لَا يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ نَشَرَتْ يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةُ أَيَّامٍ، مَلَكَتْ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يُسْتَرَدُّ بِالشُّوْزِ، وَهَلْ يُسْتَرَدُّ بِالْمَوْتِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

= خرق الحَيْضِ، فليس له أن يتولاه، وهذا ذهاب إلى أن النوعين يتوظفان على الخادمة لكن في التهذيب وغيره، وهو الذي ينبغي أن يقال به: إن المراد من الخدمة في الباب ما يؤول إلى خاصيتها، وأما الطبخ والغسل والكنس فلا يجب على المرأة شيء منها ولا على الخادمة، بل هي على الزوج. [ت]

(١) الْمَوْشِيُّ مِنَ الْبُرودِ وَالْأَثْوَابِ. ينظر المعجم الوسيط ٧٩٠/٢.

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَمِلْحَقَةٌ وَشِعَارٌ» لَمْ يَتَعَرَّضْ الْأَكْثَرُونَ لِلشُّعَارِ وَقِيدُوا الْمِلْحَقَةَ بِالشِّتَاءِ وَبِالْبِلَادِ الْبَارِدَةِ. [ت]

(٣) الزِّلْيَةُ: نَوْعٌ مِنَ الْبَسْطِ. ينظر المعجم الوسيط (٣٩٨/١).

(٤) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلَا أَجْرَةَ الْحَمَامِ إِلَّا إِذَا اشْتَدَّ الْبَرْدُ» هَذَا وَجْهٌ وَالْأَظْهَرُ وَجُوبُهَا إِلَّا إِذَا كَانَتْ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ الَّذِينَ لَا يَعْتَادُونَ دُخُولَ الْحَمَامِ. [ت]

أَمَّا الْكُسُوءُ، فَيَكْفِي فِيهَا الْإِمْتِنَاعُ دُونَ التَّمْلِيكِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ كَالْمَسْكَنِ وَالْأُنْثَى، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا كُسُوءَ الصَّنِيفِ، فَتَلَفَتْ فِي يَدِهَا، أَوْ أَتَلَفَتْ، فَعَلَيْهِ الْإِبْدَالُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِمْتِنَاعٌ، وَلَكِنْ عَلَيْهَا قِيَمَةُ الْمُتَلَفِ، وَإِنْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ الصَّنِيفِ، يُسْتَرَدُّ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِمْتِنَاعٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَمْلِيكٌ، فَوَجْهَانِ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي مُسْقَطَاتِ النِّفْقَةِ)

وَيَجِبُ النِّفْقَةُ بِالْعَقْدِ (ز) بِشَرْطِ عَدَمِ النُّشُورِ، وَعَلَى قَوْلِ تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ، فَعَلَى هَذَا لَوْ تَنَازَعَا فِي النُّشُورِ، فَعَلَيْهَا بَيِّنَةُ التَّمْكِينِ؛ وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، عَلَيْهِ بَيِّنَةُ النُّشُورِ، وَتَسْتَحِقُّ الَّتِي لَمْ تُزَفَّ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، إِذَا كَانَتْ سَاكِتَةً؛ إِذْ لَا نُشُورَ، وَلَا تَسْتَحِقُّ عَلَى الثَّانِي؛ إِذْ لَا تَمْكِينَ.

وَمَوَانِعُ النِّفْقَةِ أَرْبَعَةٌ:

(الْمَانِعُ الْأَوَّلُ: النُّشُورُ)، وَمَنْعُ الْوَطْءِ وَالْإِسْتِمْتَاعِ نُشُورٌ، وَالْخُرُوجُ بغيرِ إِذْنِهِ نُشُورٌ، وَالْخُرُوجُ فِي بَعْضِ الْيَوْمِ يُسْقِطُ بَعْضَ النِّفْقَةِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَجَمِيعِهَا؛ عَلَى وَجْهِ، وَتَجِبُ النِّفْقَةُ لِلرِّثْقَاءِ وَالْمَرِيضَةِ وَالْمَجْنُونَةِ؛ فَإِنَّ هَذِهِ أَغْدَاؤُ دَائِمَةٌ، وَتَسْقُطُ بِنُشُورِ الْمَجْنُونَةِ، وَلَوْ خَرَجَتْ فِي حَاجَةِ الزَّوْجِ بِإِذْنِهِ، فَلَهَا النِّفْقَةُ، وَإِنْ خَرَجَتْ فِي حَاجَةِ نَفْسِهَا، فَقَوْلَانِ، وَإِذَا امْتَنَعَتْ عَنِ الزَّفَافِ بِغَيْرِ عُذْرٍ، فَتَأْشِرُهُ، فَإِنْ كَانَتْ مَرِيضَةً يَضُرُّ بِهَا الْوَطْءُ، فَمَعْدُورَةٌ، وَلَا يُؤْتَمَنُ الرَّجُلُ فِي قَوْلِهِ: لَا أَطُوعُهَا، وَإِنْ أَنْكَرَ كَوْنَ الْوَطْءِ مُضِرًّا، ثَبَتَ بِقَوْلِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَهَلْ يَثْبُتُ بِقَوْلِ وَاحِدَةٍ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَلَوْ نَشَرَتْ بِالْخُرُوجِ عَنِ الْمَسْكَنِ، فَغَابَ الزَّوْجُ، فَعَادَتْ، لَمْ تُعَدِ النِّفْقَةُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(١)؛ حَتَّى يَقْضِيَ الْقَاضِي بِطَاعَتِهَا، أَوْ يَرْجِعَ الزَّوْجُ، أَوْ تَنْقَضِيَ مُدَّةُ إِمْكَانِ الرُّجُوعِ، وَإِذَا سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا بِرَدِّهَا، عَادَتْ بِمُجَرَّدِ إِسْلَامِهَا دُونَ قَضَاءِ الْقَاضِي، عَلَى أَفْقِهِ الطَّرِيقَيْنِ.

(الْمَانِعُ الثَّانِي: الصُّغُرُ)، وَإِذَا زُوِّجَتْ صَغِيرَةٌ مِنْ بَالِغٍ، فَلَهَا النِّفْقَةُ، إِنْ قُلْنَا: تَجِبُ بِالْعَقْدِ. وَإِنْ قُلْنَا: تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ، فَلَا.

وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بِالْعَقْدِ مِنْ صَغِيرٍ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْوُجُوبِ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ جَانِبِهِ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ جَاهِلَةً بِصِغَرِهِ، أَسْتَحَقَّتْ، وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ زُوِّجَتْ صَغِيرَةٌ مِنْ صَغِيرٍ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَلَّا تَجِبَ.

(الْمَانِعُ الثَّلَاثُ: الْعِبَادَاتُ)، وَإِذَا أَحْرَمَتْ بِإِذْنِهِ، فَقَدْ سَافَرَتْ فِي غَرَضِ نَفْسِهَا، وَهَلْ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا قَبْلَ الْخُرُوجِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَحْرَمَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَقُلْنَا: لَهُ تَحْلِيلُهَا، فَلَهَا النِّفْقَةُ مَا دَامَتْ مُقِيمَةً؛ عَلَى أَشْهُرِ الْوَجْهَيْنِ.

(١) قال الرافعي: ولو نشزت بالخروج عن المسكن فغاب الزوج فعادت، لم تعد النفقة على أحد الوجهين
قيل: هما قولان. [ت]

وَأِنْ قُلْنَا: لَا يُحَلِّلُهَا، فَهِيَ نَاشِزَةٌ مِنْ وَقْتِ (و) الْإِحْرَامِ.

وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا بِصَوْمِ رَمَضَانَ، وَلَهُ مَنَعُهَا عَنْ تَوَافُلِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَفِي الرُّوَائِبِ وَجْهَانِ، وَصَوْمُ عَاشُورَاءَ وَعَرَفَةُ؛ كَالرُّوَائِبِ، لَا كَصَوْمِ الْأَثْنَيْنِ وَالْحَمِيسِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي مَنَعِهَا مِنَ الْفَرْصِ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ، وَفِي الْبِدَارِ إِلَى الْقَضَاءِ الَّذِي هُوَ عَلَى التَّرَاحِي، وَلَوْ مَنَعَهَا مِنْ صَوْمِ نَذْرِ بَعْدَ التَّكَاحِ، فَإِنْ لَمْ يُحَلِّلْهَا، فَفِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ؛ كَمَا فِي الْإِحْرَامِ.

(الْمَانِعُ الرَّابِعُ: الْعِدَّةُ)، وَالْمُعْتَدَّةُ الْمُطْلَقَةُ، إِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً^(١)، فَلَهَا النَّفَقَةُ إِلَّا إِذَا أُحِلَّتْ مِنَ الشُّبْهَةِ، وَتَأَخَّرَتْ عِدَّةُ الزَّوْجِ، وَقُلْنَا: لَا رَجْعَةَ لَهُ فِي الْحَالِ، فَلَا نَفَقَةَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَهُ الرَّجْعَةُ، فَفِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ بِعَكْسِ ذَلِكَ.

وَأَمَّا الْبَائِثَةُ، فَلَهَا السُّكْنَى، وَلَيْسَ لَهَا النَّفَقَةُ^(٢) (ح)، إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا، وَالْفَسْخُ كَالطَّلَاقِ (و)، إِنْ حَصَلَ بِرَدِّهِ، وَإِنْ اسْتَدَّ إِلَى اخْتِيَارِهَا أَوْ إِلَى غَيْبِهَا، سَقَطَ جَمِيعُ الْمَهْرِ، وَسَقَطَتِ النَّفَقَةُ^(٣)، إِلَّا إِذَا قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ، وَفِرَاقُ اللَّعَانِ يُضَافُ إِلَيْهَا؛ كَالْفَسْخِ، أَوْ يُحَالُ عَلَى فِعْلِ الزَّوْجِ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ أَتَّفَقَتْ عَلَى الْوَلَدِ الْمَنْفِيِّ بِاللَّعَانِ، ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ، فَلَهَا الرُّجُوعُ بِالنَّفَقَةِ؛ لِأَنَّ لِلزَّوْجَةِ وَلَايَةَ الْأَسْتِقْرَاضِ، بِدَلِيلِ قِصَّةِ هِنْدَ^(٤) (٥).

(١) قال الرافعي: والمعتدة المطلقة إن كانت رجعيةً لفظ المطلقة مُستغنى عنه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما البائنة فلها السكنى وليس لها النفقة»، قد سبق القول في السكنى في العدة، ولا حاجة إلى إعادته ها هنا. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن استند إلى اختيارها، أو إلى غيبها سقط جميع المهر، وسقطت النفقة». سقوط المهر مذكور في موضعه، ولا ضرورة إلى ذكره ها هنا. [ت]

(٤) قال الرافعي: «هند» هي بنت عتبة بن ربيعة زوجة أبي سفيان بن حرب، روت عنها عائشة رضي الله عنها، وقضية مجيئها إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وبنعتها إياه مشهورة. [ت]

(٥) قال الرافعي: «بدليل قصة هند» روى الشافعي عن سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هنداً بنت عتبة أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس لي منه إلا ما يُدْخِلُ عليّ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَلِلدَّكِ بِالْمَعْرُوفِ».

ورواه البخاري عن محمد بن المثنى عن يحيى، ومسلم عن علي بن حجر عن علي بن مسهر برواية يحيى وابن مسهر عن هشام. [ت]

والحديث أخرجه أحمد (٥٠/٦)، والبخاري (٤٠٥/٤) كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، الحديث (٢٢١١)، ومسلم (١٣٣٨/٣) كتاب الأقضية، باب قضية هند، الحديث (١٧١٤/٧). أبو داود (٨٠٢/٣) كتاب البيوع، باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده، الحديث (٣٥٣٢) =

وَأَمَّا الْمُعْتَدَّةُ عَنْ شُبْهَةٍ، إِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا، عَلَى أَقْفِهِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ خَلِيَّةً عَنِ النِّكَاحِ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى الْوَاطِئِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، فَفِيهِ قَوْلَانِ يَنْبَغِيَانِ عَلَى أَنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ، أَعْتَبِرَ كِفَايَتُهُ، وَلَمْ تَتَقَدَّرْ؛ عَلَى أَقْيَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْوَضْعِ، سَقَطَتْ؛ إِذْ لَا نَفَقَةَ لِلْقَرِيبِ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَامِلِ، فَهِيَ فِي التَّقْدِيرِ كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ^(١)، وَلَا تَسْقُطُ بِالمَوْتِ؛ عَلَى أَقْيَسِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ عُلُقَةَ الْحَبْسِ دَائِمَةٌ؛ وَكَأَنَّ الطَّلَاقَ أَوْجَبَهَا دَفْعَةً.

(فَرَعُ): الصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجِبُ تَعْجِيلُ النَّفَقَةِ قَبْلَ الْوَضْعِ^(٢)، بِنَفْسِ الْحَمْلِ؛ لِظَاهِرِ الْآيَةِ، فَإِنْ بَانَ أَنْ لَا حَمْلَ، أَسْرَدَ، وَإِنْ تَأَخَّرَ، وَظَهَرَ الْحَمْلُ، وَجِبَ التَّسْلِيمُ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لِلْحَمْلِ؛ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ (و) بِمُضِيِّ الزَّمَانِ^(٣)، وَلَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الرِّقِيقِ، وَلَا عَلَى الْحُرِّ فِي الْمَوْلُودِ الرِّقِيقِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَامِلِ، وَجِبَ عَلَيْهِمَا.

(البَابُ الثَّالِثُ: فِي الْإِعْسَارِ بِالنَّفَقَةِ)

وَهُوَ مُوجِبٌ (ح) لِلْفَسْخِ؛ فِي أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ:

(الطَّرَفُ الْأَوَّلُ: فِي الْعَجْزِ)، وَنَعْنِي بِهِ أَنْ يَعْجَزَ عَنِ الْقُوَّةِ بِالْفَقْرِ، فَإِنْ تَعَدَّرَ بِالْمَنْعِ مَعَ الْغِنَى، فَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ.

= والنسائي (٢٤٦/٨) كتاب آداب القضاء، باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه. وابن ماجه (٧٦٩/٢) كتاب التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها، الحديث (٢٢٩٣). والدارمي (١٥٩/٢) كتاب النكاح، باب في وجوب نفقة الرجل على أهله. والحميدي (١١٨/١) رقم (٢٤٢). والشافعي في «مُسْنَدِهِ» (٦٤/٢)، كتاب الطلاق، باب النفقات حديث (٢١٠، ٢١١). وأبو يعلى (٩٨/٨) رقم (٤٦٣٦). وابن حبان (٤٢٤١)، الإحسان والطحاوي في «مشكل الآثار» (٣٣٨/٢). وابن الجارود (١٠٢٥). وعبد الرزاق (١٢٦/٩ - ١٢٧) رقم (١٦٦١٣). وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (١٨٨/٨). والدارقطني (٢٣٤/٤ - ٢٣٥) كتاب الأقضية والأحكام حديث (١٠٨). والبيهقي (٤٧٧/٧) كتاب النفقات، باب النفقة على الأولاد من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هذا قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.

(١) قال الرافعي: «فإن قلنا للحمل اعتبر كفايته ولم تقدر على أقيس الوجهين ثم قال وإن قلنا للحامل فهي في التقدير كنفقة الزوجة» المشهور والذي أورده الأكثرون أنها مقدرة كما في صلب النكاح ولم يتعرضوا للبناء على القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «الصحيح أنه يجب تعجيل النفقة قبل الوضع» أي من القولين.

(٣) قال الرافعي: «وإن تأخر وظهر الحمل وجب التسليم إلا إذا قلنا: إنه للحمل فإنه يسقط بمضي الزمان» النهي الذي أورده الأكثرون أنها لا تسقط، وإن جعلناها للحمل؛ لأن الحامل تستحقها وتتفع بها، فهي كنفقة الزوجة. [ت]

وَقِيلَ: لَا فَسْخَ؛ لِأَنَّهُ ظَلَمَ، وَالْقَادِرُ بِالْكَسْبِ كَالْقَادِرِ بِالْمَالِ، وَالْعَجْزُ عَنِ الْأُدْمِ لَا يُؤْثَرُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ.

وفي العَجْزِ عَنِ الْكُسُوفَةِ أَوْ الْمَسْكَنِ أَوْ نَقْفَةِ الْحَادِمِ (م) وَجَهَانِ، وَلَا يُؤْثَرُ الْعَجْزُ عَنِ الْمَهْرِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ^(١)، وَلَا يُؤْثَرُ الْعَجْزُ عَنِ نَقْفَةِ الزَّمَانِ الْمَاضِي، بَلْ ذَلِكَ دَيْنٌ مُسْتَقَرٌّ فِي ذِمَّتِهِ، فَرَضُهُ الْقَاضِي أَوْ لَمْ يَفْرِضْهُ (ح)، وَلَوْ قَدَّرَ كُلَّ يَوْمٍ عَلَى ثُلُثِ الْمُدِّ، فَلَهَا الْفَسْخُ، وَإِنْ قَدَّرَ عَلَى النِّصْفِ، فَوَجَهَانِ؛ إِذْ فِي الْخَبَرِ؛ أَنَّ طَعَامَ الْوَاحِدِ يَكْفِي الْإِثْنَيْنِ^(٢).

(الطَّرْفُ الثَّانِي) فِي حَقِيقَةِ هَذَا الرَّفْعِ، فَالْزَّوَادُ بِالْجَبِّ فَسْخٌ وَإِلَّا يَلَاءٌ طَلَاقٌ، وَهُوَ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا،

(١) قال الرافعي: «ولا يؤثر العجز عن المهر على الصحيح» فيه طرق: أظهرها أنه يثبت الفسخ إن كان قبل الدخول؛ لأنه عجز عن تسليم العوض والمعوض باقٍ بحاله، فصار كما إذا أفلس المشتري بالثمن وإن كان بعده فقولان: وجه المنع أن النفس تبقى بدونه والثاني أنه لا يثبت الفسخ بعد الدخول، وقبلة قولان والثالث: طرد القولين في الحالين والرابع: القطع بالنفي في الحالين، وهذا ما اختاره الإمام وصاحب الكتاب والظاهر عند الأكثرين ثبوت الفسخ قبل الدخول والنفي بعده. [ت]

(٢) قال الرافعي: «في الخبر أن طعام الواحد يكفي الاثنين» روى أبو عيسى الترمذي عن محمد بن بشار عن عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن الأعمش عن أبي سفيان، وابن ماجه عن محمد بن عبد الله الرَّمِّي عن يحيى بن زياد الأسدي عن ابن جُرَيْج عن أبي الزبير بروايتهما عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «طَعَامُ الْوَاحِدِ يَكْفِي لاثْنَيْنِ، وطعام الاثنين يكفي لأربعة» وأخرجه ابن ماجه من رواية عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أيضاً. [ت]

حديث جابر أخرجه مسلم (١٦٣/٣) كتاب الأشربة، باب فضيله المواساة في الطعام القليل، حديث (٢٠٥٨/١٨١). والترمذي (٢٣٦/٤) كتاب الأطعمة، باب ما جاء في طعام الواحد يكفي لاثنين حديث (١٨٢١). وأحمد (٣/٣١٥). وأبو يعلى (٤١٦/٣) رقم (١٩٠٢) كلهم من طريق الأعمش عن أبي سفيان عن جابر وأخرجه مسلم (١٦٣٠/٣) كتاب الأشربة، باب فضيله المواساة في الطعام القليل، حديث (٢٠٥٩/١٧٩). وابن ماجه (١٠٨٤/٢) كتاب الأطعمة، باب طعام الواحد يكفي الإثنين حديث (٣٢٥٤). والدارمي (١٠/٢) كتاب الأطعمة، باب طعام الواحد يكفي الاثنين. وأحمد (٣/٣٨٢) والبغوي في «شرح السنة» (٩٣/٦) بتحقيقنا كلهم من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر وأخرجه مسلم (٢٠٥٩). وأحمد (٣/٣٠١) من طريق الأعمش عن أبي الزبير عن جابر.

- أما حديث عمر

أخرجه ابن ماجه (١٠٨٤/٢) كتاب الأطعمة، باب طعام الواحد يكفي الاثنين حديث (٣٢٥٥) من طريق قهرمان آل الزبير قال: سمعت سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن جده عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن طعام الواحد يكفي الاثنين وإن طعام الاثنين يكفي الثلاثة والأربعة وإن طعام الأربعة يكفي الخمسة والستة.

قال البوصيري في الزوائد (٧١/٣): هذا إسناد ضعيف لضعف قهرمان آل الزبير عمرو بن دينار فقد ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والفلاس والبخاري والترمذي والنسائي وغيرهم.

فَفِيهِ خِلَافٌ^(١)، فَإِنْ قُلْنَا: طَلَاقٌ، رَفَعْتَ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي؛ حَتَّى يَخْبِسَهُ؛ لِيُنْفِقَ أَوْ يُطْلَقَ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ الْقَاضِي طَلَاقًا رَجْعِيًّا، فَإِنْ رَاجَعَ، طَلَّقَ ثَانِيًا وَثَالِثًا، وَإِنْ قُلْنَا: فَسَخٌ، فَلَا بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ؛ لِإثْبَاتِ الْإِعْسَارِ، ثُمَّ لَهَا الْفَسْخُ، إِذَا أَقَامَتِ الْبَيِّنَةَ، أَوْ أَقَرَّ الزَّوْجُ، فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ الرَّفْعِ عِنْدَ عِلْمِهَا بِالْعَجْزِ، فَبِي الْأَنْفِسَاخِ بَاطِنًا تَرَدَّدُ، وَلَا يَنْفَسِخُ ظَاهِرًا.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي وَقْتِ الْفَسْخِ)، وَلَهَا الْمُطَالَبَةُ صَبِيحَةَ كُلِّ يَوْمٍ بِالنَّفَقَةِ، وَلَكِنَّ الْمُعْسِرَ، هَلْ يُمَهِّلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ لِيَتَحَقَّقَ عَجْزُهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): لَا يُمَهِّلُ وَلَكِنْ لَا يَنْفَسِخُ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ، بَلْ آخِرَ النَّهَارِ، أَوْ بَعْدَ انْقِضَاءِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ؛ لِيَسْتَقَرَّ الْحَقُّ، نَعَمْ، لَوْ كَانَ يَتَعَدَّى الْإِثْنَانِ بِالطَّعَامِ لَيْلًا، فَلَهَا الْفَسْخُ، وَلَوْ قَالَ صَبِيحَةَ النَّهَارِ: أَنَا الْيَوْمَ عَاجِزٌ، فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: لَا يَنْفَسِخُ فِي الْحَالِ إِلَى انْقِضَاءِ الْيَوْمِ.

(وَالْقَوْلُ الثَّانِي): أَنَّهُ يُمَهِّلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَهُوَ الْأَخْسَنُ، وَلَهَا الْفَسْخُ صَبِيحَةَ الرَّابِعِ، إِنْ لَمْ يُسَلِّمِ النَّفَقَةَ، فَإِنْ سَلَّمَ لِلرَّابِعِ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْفَسْخُ لِلْمَاضِي، وَإِنْ سَلَّمَ لِلثَّالِثِ صَبِيحَةَ الثَّالِثِ، وَعَادَ إِلَى الْعَجْزِ فِي الرَّابِعِ يَسْتَأْنِفُ الْمُدَّةَ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيَبْنِي عَلَى الْمُدَّةِ السَّابِقَةِ؛ عَلَى وَجْهِ، فَيَصِيرُ يَوْمًا آخَرَ، وَإِنْ رَضِيَثَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، فَلَهَا الْفَسْخُ بَعْدَ ذَلِكَ؛ كَزَوْجَةِ الْمُوَلَى، لَا كَزَوْجَةِ الْعَيْنِ^(٢)، وَقَوْلُهَا: «رَضِيتُ بِإِعْسَارِهِ أَبَدًا» وَغَدُ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِيمَنْ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ)، وَذَلِكَ لِلزَّوْجَةِ خَاصَّةً، وَلَيْسَ لَوَلِيِّ الْمَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرَةِ طَلَبُ الْفَسْخِ، بَلِ الْفَسْخُ كَالطَّلَاقِ؛ لَا يَقْبَلُ الثَّيَابَةُ، وَفِي سَيِّدِ الْأَمَةِ الصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ الزَّوْجَةِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَتِ الْأَمَةُ بِالْعَقَّةِ، فَحَقُّ الْفَسْخِ لَهَا، وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ الْفَسْخُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، لَكِنْ لَا نَفَقَةٌ عَلَيْهِ؛ فَإِنَّمَا أَنْ تَصِيرَ الْأَمَةُ عَلَى الْجُوعِ أَوْ تَفْسَخَ، وَالنَّفَقَةُ تَدْخُلُ فِي مِلْكِ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَهَا حَقُّ الْوَيْثِقَةِ؛ حَتَّى لَا يَجُوزَ لِلْسَّيِّدِ أَخْذَهَا إِلَّا بِبَدَلٍ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهَا قَبْلَ الْإِبْدَالِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْإِعْسَارَ لَا يُوجِبُ الْفَسْخَ أَضَلًّا، فَالظَّاهِرُ؛ أَنَّهُ يُبْطِلُ حَقَّ الْحَبْسِ فِي الْمَنْزِلِ، وَلَهَا مَنَعُهُ مِنَ الْوُطْءِ، إِنْ لَمْ تَكُنْ قَدْ أَبْطَلَتْ حَقَّهَا بِالتَّمَكِينِ.

(السَّبَبُ الثَّانِي، لِلنَّفَقَةِ: الْقَرَابَةُ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ:)

(الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَصْلِ النَّفَقَةِ)

وَتَجِبُ بِقَرَابَةِ الْبَغْضِيَّةِ (و م)، دُونَ الْمَحْرَمِيَّةِ (ح)، وَإِنَّمَا تَجِبُ عَلَى الْمُوسِرِ (و)، وَهُوَ الَّذِي

(١) قال الراعي: «فالرفع بالجب فسخ، وبالإيلاء طلاق، وهو دائر بينهما ففيه خلاف» قولان. [ت]

(٢) قال الراعي: «وإن رضيت بعد انقضاء المدة، فلها الفسخ بعد ذلك كزوجة المولى لا كزوجة العين... إلى آخره» قد ذكر حكم العتة في بابها مع مخالفة الإيلاء لها، وذكرهما وحكم الرضا بالإعساف في باب الإيلاء مرة أخرى وأعاد الصور الثلاث هاهنا، ويستحق الأب الإعفاف المذكورة في كتاب النكاح. [ت]

فَصَلَ مِنْ قُوْتِ يَوْمِهِ شَيْءٌ، وَيَبَاعُ (و ح)، عَبْدُهُ وَعَقَارُهُ (ح) فِيهِ، وَهَلْ يَلْزِمُهُ الْكَسْبُ؛ لِأَجْلِ نَفَقَةِ الْقَرِيبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ لِلَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ، اسْتَحَقَّ (ح)؛ عَلَى قَوْلٍ، وَلَمْ يَسْتَحَقَّ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَيَسْتَحَقُّ الْأَبُ وَالْأُصُولُ دُونَ الْفُرُوعِ؛ عَلَى قَوْلٍ، أَمَّا الطِّفْلُ الْكَسُوبُ، فَيَسْتَحَقُّ لَا مَحَالَةَ، إِذَا لَمْ يَكْتَسِبْ، فَإِنْ شَرَطَ الْعَجْزُ عَنِ الْكَسْبِ، فَهَلْ تُشْتَرِطُ الزَّمَانَةُ حَتَّى لَا يَقْدِرَ عَلَى كَسْبٍ لَا يَلِيقُ بِهِ أَيْضًا؟ فِيهِ خِلَافٌ، ثُمَّ نَفَقَةُ الْقَرِيبِ عَلَى الْكِفَايَةِ (و)، وَهُوَ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ دُونَ مَا يُشْبِعُ، وَلَا يَسْتَقِرُّ فِي الدِّمَّةِ إِلَّا بِفَرْضِ الْقَاضِي، وَيَسْتَحَقُّ الْأَبُ الْإِعْغَافَ وَنَفَقَةَ زَوْجَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِذَا مَنَعَ الْأَبُ النَّفَقَةَ، فَلِلْأُمِّ الْأَخْذُ مِنْ مَالِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَفِي اسْتِفْرَاضِهَا عَلَيْهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْمَنَعِ، وَفِي إِنْفَاقِهَا عَلَى الطِّفْلِ مِنْ مَالِهِ دُونَ إِذْنِ الْأَبِ وَجْهَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ، وَالْقَرِيبُ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْقَاضِي، فَاسْتَفْرَضَ، فَفِي لُزُومِ قَضَاءِ قَرْضِهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْجَدِّ الْحَاضِرِ، إِذَا اسْتَفْرَضَ عَلَى الْأَبِ الْعَائِبِ، وَيَجِبُ عَلَى الْأُمِّ أَنْ تُزَيِّعَ وَلَدَهُ اللَّبَّاءَ الَّذِي لَا يَعْيشُ إِلَّا بِهِ، ثُمَّ لَهَا الْأَجْرَةُ عَلَى الْأَبِ، وَلَا يَجِبُ (م) عَلَيْهَا الْإِزْصَاعُ إِلَّا إِذَا فَقِدَ غَيْرَهَا، فَإِنْ رَغِبَتْ بِأَجْرَةٍ، وَرَغِبَتْ أَجْنَبِيَّةٌ مَجَانًا، وَجِبَ الْأَجْرُ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ نَظَرًا لِلطِّفْلِ، وَلِلزَّوْجِ مَنَعَهَا مِنَ الْإِزْصَاعِ؛ لِحَقِّ الْأَسْتِمْنَاعِ، إِذَا وَجَدَ مُرْضِعَةً أُخْرَى.

(البَابُ الثَّانِي: فِي تَرْتِيبِ الْأَقَارِبِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ:

(الْأَوَّلُ: أَجْتِمَاعُ الْأَوْلَادِ)، وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

(إِحْدَاهُمَا): أَنَّ التَّفْدِيمَ بِالْقُرْبِ، فَإِنْ تَسَاوَيَا، فَهَلْ يُقَدَّمُ الْوَارِثُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ أَعْتَبَرْنَا الْإِزْثَ، فَهَلْ يَتَفَاوُتُ بِتَفَاوُتِ مِقْدَارِ الْإِزْثِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): أَنَّ الْإِزْثَ مُقَدَّمٌ، فَإِنْ تَسَاوَيَا، فَلَا قُرْبَ، فَإِنْ تَسَاوَيَا، وَرُغَّ عَلَيْهِمَا.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ؛ أَنَّهُ يُقَدَّمُ بِالذِّكُورَةِ، فَالْتَّفَقَ عَلَى الْإِنِّ، لَا عَلَى الْبِنْتِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: أَجْتِمَاعُ الْأُصُولِ)، فَلَا بَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأُمِّ فِي الصَّغَرِ، وَبَعْدَ الْبُلُوغِ وَجْهَانِ، فَإِنْ وَجِبَ عَلَيْهِمَا، فَهَلْ يَتَفَاوُتَانِ بِمِقْدَارِ الْإِزْثِ؟ وَجْهَانِ، أَمَّا الْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ، فَالْقَرِيبُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْبَعِيدِ الْمُذَلِّي بِهِ، فَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْجِهَةُ، خُرِّجَ عَلَى الطَّرِيقَيْنِ.

وَطَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ؛ أَنَّ الْوَلِيَّ أَوَّلَى.

فَإِنْ اسْتَوَيَا، فَالْمُذَلِّي بِالْوَلِيِّ أَوَّلَى، فَإِنْ اسْتَوَيَا، فَلَا قُرْبَ.

وَطَرِيقَةٌ رَابِعَةٌ؛ أَنَّ الذَّكَرَ أَوَّلَى وَإِلَّا فَالْمُذَلِّي بِالذَّكَرِ وَإِلَّا فَلَا قُرْبَ.

وَقِيلَ: الذِّكُورَةُ وَالْوَرَاثَةُ تُجَبَّرُ إِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى، فَيَسَاوَيَانِ.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: أَجْتِمَاعُ الْفُرُوعِ وَالْأُصُولِ): ابْنٌ وَأَبٌ، قِيلَ: الْأَبُ أَوَّلَى؛ لِلْوِلَايَةِ.

وَقِيلَ: آلَابُنْ؛ لِلْخِدْمَةِ.

وَقِيلَ: يَتَسَاوِيَانِ، وَالْأُمُّ كَالْأَبِ.

وَقِيلَ: آلَابُنْ أَوْلَى مِنْهُمَا قَطْعًا.

وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْجَدِّ وَالْأَبْنِ، أَغْنَى أَبَ الْأَبِ، ثُمَّ تَعَوَّدَ تِلْكَ الطَّرِيقَ الْخَمْسُ، وَإِنَّمَا يَزِيدُ النَّظْرُ إِلَى وَلَايَةِ التَّرْبِيَةِ وَإِلَى الْخِدْمَةِ.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِي أَزْدِحَامِ الْآخِذِينَ)، فَإِذَا لَمْ يَفْضَلْ مِنْهُ إِلَّا قُوْتُ وَاحِدٌ فَالزَّوْجَةُ أَوْلَى، وَفِي الْأَبْعَاضِ تَعَوَّدَ الطَّرِيقُ، وَلَكِنَّ الْأُتُوَّةَ هَهُنَا تُرْجَعُ لِلْأَخْذِ حَيْثُ رَجَّخْنَا، ثُمَّ الذُّكُورَةُ فِي الْإِلْتِزَامِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَهُنَا لَا يُؤْتَرُ تَقَاوُتُ الْإِزْثِ، ثُمَّ إِنْ أَسْتَوَوْا، وَرَّعَ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ كَانَ قَلِيلًا، أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ.

(البَابُ الثَّلَاثُ: فِي الْحَضَانَةِ^(١)، وَفِيهِ فَصْلَانِ:)

(الْأَوَّلُ: فِي صِفَاتِ الْحَاضِنَةِ)، فَتَقُولُ: الْحَضَانَةُ وَلَايَةٌ وَسَلْطَنَةٌ، لِكِنَّهَا بِالْإِنَاثِ أَلْيَقُ، وَالْأُمُّ

(١) الْحَضَانَةُ لُغَةً: بَفَتْحِ الْحَاءِ، مَصْدَرُ حَضَنْتِ الصَّبِيَّ حَضَانَةً: تَحَمَّلَتْ مَوْلَاهُ وَتَرْبِيَتَهُ، عَنْ ابْنِ الْقَطْعِ، وَالْحَاضِنَةُ: الَّتِي تَرْبِي الطِّفْلَ سَمِيَتْ بِذَلِكَ لِأَنَّهَا تَضُمُّ الطِّفْلَ إِلَى حَضْنِهَا، وَهُوَ: مَا دُونَ الْإِبْطِ إِلَى الْكَشْحِ، وَهُوَ الْخَصْرُ.

قَالَ زَيْنُ الدِّينِ بْنِ نَجِيمٍ فِي «الْبَحْرِ الرَّائِقِ»، شَرَحَ كُنْزَ الدَّقَائِقِ. «الْحَضَانَةُ.. بِكَسْرِ الْحَاءِ وَفَتْحِهَا لُغَةً تَرْبِيَةِ الْوَلَدِ» وَالْحَاضِنَةُ الْمَرْأَةُ تَوَكَّلَ بِالصَّبِيِّ، فَتَرْفَعُهُ وَتَرْبِيَهُ، وَقَدْ حَضَنْتْ وَلَدَهَا حَضَانَةً مِنْ بَابِ طَلَبَ وَحَضَنَ الطَّائِرُ بَيْضَهُ حَضْنًا إِذَا جَثِمَ عَلَيْهِ بِكَتْفِهِ يَحْضِنُهُ، كَذَا فِي «الْمَغْرِبِ». وَالْحَضَانَةُ مَصْدَرُ الْحَاضِنِ وَالْحَاضِنَةُ وَالْحَاضِنُ وَالْحَاضِنَةُ الْمَوْكَلَانِ بِالصَّبِيِّ يَحْفَظَانَهُ، وَيَرْبِيَانَهُ، وَالْحَضْنُ مَا دُونَ الْإِبْطِ إِلَى الْكَشْحِ وَقِيلَ: هُوَ الصَّدْرُ وَالْعَضْدَانِ وَمَا بَيْنَهُمَا، وَالْكَشْحُ مَا بَيْنَ الْخَاصِرَةِ إِلَى الضِّلَعِ، وَالْخَاصِرَةُ هِيَ وَسْطُ الْإِنْسَانِ.

وَجَمَعَ الْحَضْنَ إِحْضَانًا، وَمِنْهُ الْإِحْضَانُ، وَهُوَ احْتِمَالُكَ الشَّيْءَ، وَجَعَلَهُ فِي حَضْنِكَ، كَمَا تَحْضِنُ الْمَرْأَةُ وَلَدَهَا تَحْمِلُهُ فِي أَحَدِ شَقِيهَا، وَفِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «خَرَجَ مُحْتَضِنًا إِحْدَى ابْنِي ابْنَتِهِ»، أَي: حَامِلًا لَهُ فِي حَضْنِهِ، وَالْحَضْنُ الْجَنْبُ، وَهُمَا حَضْنَانِ. انْتَهَى كَلَامُ ابْنِ مَنْظُورٍ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ.

وَقَالَ عَلَاءُ الدِّينِ الْكَاشَانِيُّ فِي «الْبَدَائِعِ»: الْحَضَانَةُ لُغَةً تَسْتَعْمَلُ فِي مَعْنَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: جَعَلَ الشَّيْءَ فِي نَاحِيَةِ يَقَالُ: حَضَنَ الرَّجُلُ الشَّيْءَ إِذَا اعْتَزَلَهُ، فَجَعَلَهُ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهُ.

ثَانِيَهُمَا: الضَّمُّ إِلَى الْجَنْبِ، يَقَالُ: حَضَنْتُهُ، وَاحْتَضَنْتُهُ إِذَا ضَمَمْتُهُ إِلَى جَانِبِكَ.

وَالْحَضَانَةُ بِمَعْنَى الضَّمِّ، هُوَ الْمُرَادُ لِمُنَاسَبَتِهِ لِلْمَعْنَى الشَّرْعِيَّةِ.

يَنْظُرُ: الْمَطْلَعُ عَلَى أَبْوَابِ الْمَقْنَعِ: ٣٥٥.

وَاصْطِلَاحًا:

عَرَفَهَا الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: تَرْبِيَةُ الطِّفْلِ وَرِعَايَتُهُ، وَالْقِيَامُ بِجَمِيعِ أُمُورِهِ فِي سَنٍ مَعِينَةٍ مِمَّنْ لَهُ الْحَقُّ فِي الْحَضَانَةِ.

= عَرَفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: تَرْبِيَةُ مَنْ لَا يَسْتَقِلُّ بِأُمُورِهِ بِمَا يَصْلَحُهُ، وَدَفْعُ مَا يَضُرُّهُ.

أَوَّلَى مِنَ الْأَبِ، وَإِنْ كَانَتِ الْمُؤَنَةُ عَلَى الْأَبِ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ الْأُمُّ مُسْلِمَةً (وَح)، إِذَا كَانَ الْوَلَدُ مُسْلِمًا، وَعَاقِلَةً وَحُرَّةً، إِذْ لَا فَرَاغَ لِلرَّقِيقَةِ، وَلَا وَلَايَةَ لَهَا، وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ، وَأَمِينَةً، إِذْ لَا يُوثَقُ بِالْفَاسِقَةِ، وَفَارِغَةً، فَإِذَا نَكَحَتْ، بَطَلَ حَقُّهَا إِلَّا إِذَا نَكَحَتْ عَمَّ الْطِفْلِ أَوْ مَحَارِمَهُ، وَلَا يُؤَثَّرُ رِضَا الزَّوْجِ، وَيَزْجَعُ حَقُّهَا، إِنْ طَلَّقَتْ (م)، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً (ح)؛ لِأَنَّهَا فَارِغَةٌ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ إِنْ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ الزَّوْجِ، فَلِلزَّوْجِ أَلَّا يَرْضَى بِدُخُولِ الطِّفْلِ دَارَهُ، وَمَهْمَا أُمْتَنَعَ الْأَوَّلُ، أَوْ غَابَ، أُنْتَقَلَ حَقُّ الْحَضَانَةِ إِلَى الْبَعِيدِ (و)، لَا إِلَى السُّلْطَانِ.

(أَمَّا صِفَةُ الْمَحْضُونِ) فَهِيَ أَلَّا يَسْتَقِيلَ؛ كَالصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ، وَالْبَكْرُ الْبَالِغَةُ عَلَيْهَا وَلَايَةُ الْإِسْكَانِ لِلأَبِ وَالْجَدِّ، وَالثِّبُ، فَلَا، إِلَّا عِنْدَ تَهْمَةٍ، فَيُبَيِّتُ حَقَّ الْإِسْكَانِ لِأَوْلِيَّيَاهَا، أَغْنَى الْعَصَبَاتِ، ثُمَّ الْأُمُّ أَوَّلَى بِالصَّغِيرِ، أَمَّا إِذَا بَلَغَ سِنَّ التَّمْيِيزِ خَيْرٌ بَيْنَهُمَا (ح م)، فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا، سَلَّمَ إِلَيْهِ، فَإِنْ رَجَعَ، اسْتَرَدَّ، وَيَسْتَوِي (ح) فِيهِ الْغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ، وَهَلْ يَجْرِي التَّخْيِيرُ بَيْنَ الْأُمِّ وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَ الْأَبِ وَالْأُخْتِ وَالْخَالَةِ، وَإِذَا اخْتَارَ الْأَبُ، لَمْ يَمْنَعْ الْأُمُّ مِنَ الزِّيَارَةِ، وَإِذَا اخْتَارَ الْأُمُّ، فَعَلَى الْأَبِ مُرَاعَاتُهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْمَكْتَبِ وَالْحِرْفَةِ، وَإِذَا سَافَرَ الْأَبُ سَفَرَ نَفْلَةٍ، سَقَطَ حَقُّ الْأُمِّ، فَلَهُ اخْذُ الصَّغِيرِ مِنْهَا، إِلَّا إِذَا رَافَقَتْهُ فِي الطَّرِيقِ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي سَفَرِ الثَّرَمَةِ، وَلَا فِي التَّجَارَةِ، وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ، وَهَلْ لَهُ ذَلِكَ فِي الثَّقَلَةِ إِلَى مَا دُونَ مَرَحِلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي اجْتِمَاعِ الْحَوَاضِنِ)، فَإِنْ تَدَافَعُوا، فَالْحَضَانَةُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ (و) التَّفَقُّعُ، وَإِنْ تَرَاحَمُوا، فَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ:

(الْأَوَّلُ: فِي الْكُسُوفَةِ)، وَالْجَدِيدُ أَنَّ الْأُمَّ أَوَّلَى، ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُذْلِيَّاتُ بِالْإِنَاتِ، ثُمَّ أُمُّ الْأَبِ، وَجَدَّاتُهَا الْمُذْلِيَّاتُ بِالْإِنَاتِ، ثُمَّ أُمُّ الْجَدِّ وَجَدَّاتُهَا؛ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ أُمُّ أَبِ الْجَدِّ وَجَدَّاتُهَا؛ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ الْأَخَوَاتُ (و) ثُمَّ الْخَالَاتُ، ثُمَّ بَنَاتُ (و) الْإِخْوَةِ، ثُمَّ الْعَمَّاتُ.

وَفِي الْقَدِيمِ: قَدَّمَ الْأَخَوَاتُ لِلْأُمِّ وَالْخَالَاتِ عَلَى أُمَّهَاتِ الْأَبِ؛ لِإِذْلَالِهِنَّ بِالْأُمِّ.

فُرُوعُ:

(الْأَوَّلُ): الْأُخْتُ لِلأَبِ مُقَدَّمَةٌ (ح وَ ز) عَلَى الْأُخْتِ لِلأُمِّ؛ فِي الْجَدِيدِ؛ لِقَوَّتِهَا، وَفِي الْقَدِيمِ وَجْهٌ؛ أَنَّ الْأُخْتِ لِلأُمِّ أَوَّلَى، وَالْخَالَةُ لِلأَبِ، هَلْ تُقَدَّمُ فِي الْجَدِيدِ عَلَى الْخَالَةِ لِلأُمِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِي): النَّصُّ أَنَّ لَا مَدْخَلَ لِكُلِّ جَدَّةٍ سَاقِطَةٍ فِي الْمِيرَاثِ، وَهِيَ الَّتِي تُذَلِّي بِذَكَرٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ.

= عرفها المالكية بأنها: حِفْظُ الْوَلَدِ فِي مَبِيتِهِ، وَمُؤَنَةُ طَعَامِهِ وَلباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه.

عرفها الحنابلة بأنها: حفظ صغير وغيره عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه.

ينظر: شرح الخرشني ٣/٣٤٧، حاشية ابن عابدين ٢/٦٣٣، نهاية المحتاج ٧/٢١٤، المدونة

١٤/٢٢٤، الروض المربع ٢/٣٢٨.

وَفِي وَجْهِ آخَرَ؛ أَنَّ لَهُنَّ الْحَضَانَةَ، وَلَكِنَّهُنَّ مُؤَخَّرَاتٌ عَنِ الْكُلِّ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُنَّ مُقَدَّمَاتٌ عَلَى الْأَخَوَاتِ وَالْخَالَاتِ.

(الثالث): الْأُنْثَى الَّتِي لَا مَحْرَمِيَّةَ لَهَا؛ كَبْنَتِ الْخَالَةِ وَبْنَتِ الْعَمَّةِ، لَا حَضَانَةَ لَهُمَا؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ^(١)، فَإِنْ أَثْبَتْنَا لَهَا؛ فَبَنَاتُ الْخَالَاتِ مُقَدَّمَاتٌ عَلَى بَنَاتِ الْعَمَّاتِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي اجْتِمَاعِ الذُّكُورِ)، وَهُمْ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ:

(الأوَّل): مَحْرَمٌ وَارِثٌ، فَيَتَرْتَّبُونَ تَرْتِيبَ الْعَصَبَاتِ فِي الْوِلَايَةِ إِلَّا الْأَخَ لِلْأُمِّ، فَإِنَّهُ يُؤَخَّرُ عَنِ الْأَصُولِ، وَعَنْ إِخْوَةِ الْأَبِ (و)، وَهَلْ يُؤَخَّرُ عَنِ الْعَمِّ؛ لِلْوِلَايَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثاني): وَارِثٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ؛ كَأَبْنِ الْعَمِّ (و)، لَهُ الْحَضَانَةُ فِي الصَّغِيرِ وَفِي الصَّغِيرَةِ الَّتِي لَا تُسْتَهَي، دُونَ الصَّغِيرَةِ الَّتِي تُسْتَهَي.

(الثالث): الْمَحْرَمُ الَّذِي لَيْسَ بِوَارِثٍ، كَالْخَالِ، وَأَبِ الْأُمِّ، وَالْعَمِّ لِلْأُمِّ، وَأَبْنِ الْأُخْتِ، فَهُمْ مُؤَخَّرُونَ عَنِ الْوَرَثَةِ، وَهَلْ لَهُمْ حَقٌّ عِنْدَ فَقْدِهِمْ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِع): قَرِيبٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ، وَلَا وَارِثٌ؛ كَأَبْنِ الْخَالِ وَالْخَالَةِ، فَالصَّخِيعُ أَنْ لَا حَقَّ لَهُمْ.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ): فِي اجْتِمَاعِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، وَأَوَّلَاهُمُ الْأُمُّ وَأُمَّهَاتُهَا الْمُذْلِيَّاتُ مِنْ جِهَةِ الْإِنَاثِ، ثُمَّ بَعْدَهُنَّ الْأَبُ أَوَّلَى مِنَ الْجَدَّاتِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَكَذَلِكَ الصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ؛ لِأَنَّهُنَّ فُرُوعُهُ، وَفِي تَقْدِيمِ الْأُخْتِ لِلْأُمِّ وَالْخَالَاتِ عَلَى الْأَبِ خِلَافٌ (و)، وَكُلُّ جَدَّةٍ لَيْسَتْ فَاسِدَةً، فَهِيَ أَوَّلَى مِنْ كُلِّ ذَكَرٍ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ، وَأَمَّا الَّذِينَ عَلَى الْحَوَاشِي، إِذَا أَسْتَوُوا فِي الْقُرْبِ وَالْإِزْثِ، فَلَا تُنْثَى أَوَّلَى مِنَ الذَّكَرِ وَالْأُخْتِ أَوَّلَى مِنَ الْأَخِ، وَالْخَالَةُ مِنَ الْخَالِ، وَالْأُنْثَى الْقَرِيبَةُ. هَلْ تُقَدَّمُ عَلَى الذَّكَرِ الْقَرِيبِ؟ وَجْهَانِ.

(السَّبَبُ الثَّالِثُ: فِي التَّفَقُّةِ عَلَى مِلْكِ الْيَمِينِ)، وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ؛ عَلَى مَا يَلِيقُ بِالْعَادَةِ، وَيُقْتَصَرُ فِي الْكُسُوفَةِ عَلَى الْحُسْنِ، وَلَا يُقْتَصَرُ عَلَى سِتْرِ الْعَوْرَةِ، وَلَا يَجِبُ تَفْضِيلُ النَّفِيسِ عَلَى الْخَسِيسِ فِي جِنْسِ الْكُسُوفَةِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٢).

وَقِيلَ: يَجِبُ تَفْضِيلُ السَّرِيَّةِ عَلَى الْخَادِمَةِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُجْلِسَ الرَّقِيقَ مَعَهُ فِي الْأَكْلِ، أَوْ يُورَعَ لَهُ لُقْمَةً.

وَيَجِبُ ذَلِكَ فِي وَجْهِ وَيَجِبُ إِزْضَاعُ الْوَلَدِ عَلَى الْمُسْتَوْلَدَةِ، وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ وَلَدِهَا

(١) قال الرافعي: «والأنثى التي لا محرمية لها كبنت الخالة وبنت العممة لا حضانة لهما على أظهر الوجهين»
رجح الأكثرون الوجه الثاني. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يجب تفضيل النفيس على الخسيس في جنس الكسوة على الأصح» الأظهر عند
الأصحاب تفضيل الجارية ذات الجمال أو الفرصة. [ت]

بِالتَّسْلِيمِ إِلَى مُزِيعَةٍ أُخْرَى، وَلَا تُكَلِّفُ أَنْ تُرْضَعَ مَعَهُ غَيْرُهُ، وَلَيْسَ لَهَا فِطَامٌ وَلَدِيهَا قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ، وَلَا الزِّيَادَةُ عَلَى الْحَوْلَيْنِ إِلَّا بِرِضَا السَّيِّدِ، وَأَمَّا الْحُرَّةُ، فَلَهَا حَقٌّ فِي الْفِطَامِ، فَلَا فِطَامَ إِلَّا بِتَوَافُقِهِمَا، فَإِنْ أَبَتِ الْفِطَامَ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ، فَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ، وَلَا يَتَعَيَّنُ (و) مَا يُضْرَبُ عَلَى الْعَبْدِ مِنْ خَرَاكِ مُعَيَّنٍ، بَلْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْمَجْهُودُ، وَلَا يُكَلِّفُهُ السَّيِّدُ إِلَّا مَا يُطِيقُ، فَإِنْ لَمْ يُنْفِقْ عَلَى عَبْدِهِ بَيْعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَزْعَبْ فِي شِرَائِهِ فَهُوَ مِنْ مَحَاوِيجِ الْمُسْلِمِينَ، وَيَجِبُ عَلْفُ الدَّوَابِّ لِحُزْمَةِ الرُّوحِ، وَإِنْ لَمْ يَجِبْ عِمَارَةُ الْعَقَارِ وَالِدَّارِ، وَيَجُوزُ غَضَبُ (و) الْعَلْفِ وَالْخَيْطِ لِجِرَاحِ الدَّابَّةِ عِنْدَ الْعَجْزِ، وَلَا يَجُوزُ نَزْفُ لَبَنِهَا بِحَيْثُ يَضُرُّ بِتَنَاجُهَا، وَإِذَا أَجْدَبَتِ الْأَرْضُ، وَجَبَ عَلْفُ السَّائِمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَغْلَفْ يَبْعَثَ عَلَيْهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

تَمَّ رُبْعُ النِّكَاحِ، يَتْلُوهُ رُبْعُ الْجِرَاحِ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ أَجْمَعِينَ.

كِتَابُ الْجِرَاحِ

الْقَتْلُ كَبِيرَةٌ يَتَعَلَّقُ بِهَا الْكَفَّارَةُ وَالْقِصَاصُ، أَوْ الدِّيَّةُ، وَالنَّظَرُ فِي الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَالطَّرْفِ، وَمِنْ النَّفْسِ فِي الْمَوْجِبِ وَالْوَاجِبِ، وَالْمَوْجِبُ لِلْقِصَاصِ لَهُ ثَلَاثَةٌ أَزْكَانٍ.

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الْقَتْلُ)، وَهُوَ كُلُّ فِعْلٍ عَمْدٍ مَخْصُرٍ عُدْوَانٍ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مُزْهِقاً لِلرُّوحِ، وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ:

(الطَّرْفُ الْأَوَّلُ: فِي الْعَمْدِ الْمَخْصُرِ، وَالْخَطَأُ مَا لَا قَصْدَ فِيهِ إِلَى الْفِعْلِ؛ كَمَا لَوْ تَزَلَّكَ رِجْلُهُ فَسَقَطَ عَلَى غَيْرِهِ، أَوْ مَا لَا قَصْدَ فِيهِ إِلَى الشَّخْصِ كَمَا لَوْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ، فَأَصَابَ إِنْسَانًا، وَالْعَمْدُ الَّذِي قُصِدَ بِهِ الشَّخْصُ، وَكَانَ مَا قُصِدَ بِهِ مِمَّا يَقْتُلُ غَالِبًا، وَإِنْ كَانَ بِمُقْتَلٍ لَا يَجْرَحُ (ح)، أَوْ مَا يَقْتُلُ كَثِيرًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غَالِبًا، إِنْ كَانَ بِجَارِحٍ، أَمَّا مَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا، وَإِنْ قَتَلَ كَثِيرًا؛ كَالسَّوْطِ وَالْعَصَا، أَوْ يَقْتُلُ نَادِرًا؛ كَغَزَاةِ الْإِبْرَةِ الَّتِي لَا تُغَقِّبُ أَلَمًا ظَاهِرًا، فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِنْ أَغَقَّبَ وَرَمَا وَأَلَمًا؛ حَتَّى مَاتَ عَقِيبُهُ، وَجَبَ (و) الْقِصَاصُ، وَإِنْ لَمْ يُغَقِّبْ وَرَمًا، وَمَاتَ عَقِيبُهُ، فَوَجَّهَانِ، وَلَوْ سَقَى غَيْرَهُ دَوَاءً يَقْتُلُ كَثِيرًا لَا غَالِبًا، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ كَغَزَاةِ الْإِبْرَةِ؛ لِأَنَّ أَغْشِيَةَ الْبَاطِنِ دَقِيقَةٌ، فَتَنْقَطِعُ بِالْدَوَاءِ، وَلَوْ حَبَسَهُ وَجَّعَهُ؛ حَتَّى مَاتَ، وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ بِالسَّخْرِ (ح و)، وَأَعْتَرَفَ بِأَنَّهُ سَخَرَهُ يَقْتُلُ غَالِبًا، وَإِنْ قَالَ: يَقْتُلُ نَادِرًا، فَلَا قِصَاصَ، وَالْكَثِيرُ غَيْرُ النَّادِرِ وَالْغَالِبُ؛ إِذَا الْمَرَضُ كَثِيرٌ، وَلَيْسَ بِغَالِبٍ وَلَا نَادِرٍ، وَلَوْ كَانَ يَهْ بِغَضِّ الْجُوعِ، وَحَبَسَهُ؛ حَتَّى مَاتَ جُوعًا، فَإِنْ عَلِمَ جُوعَهُ، لَزِمَهُ (و) الْقِصَاصُ؛ كَمَا لَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا ضَرْبًا يَقْتُلُ الْمَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا بِجُوعِهِ، وَجَبَ الْقِصَاصُ؛ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ (و)، فَإِنْ لَمْ يُوجِبِ الْقِصَاصُ، وَجَبَ كُلُّ الدِّيَّةِ؛ فِي قَوْلٍ.

وَيَصِفُهَا؛ فِي قَوْلٍ؛ إِحَالَةً لِلْهَلَاكِ عَلَى الْجُوعَيْنِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي بَيَانِ الْمُزْهِقِ)، وَهُوَ إِذَا شَرِطَ مَخْصُرٌ؛ كَحَفْرِ الْبُشْرِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى التَّرْدِي؛ إِذَا التَّرْدِي عِلَّتُهُ التَّخْطِي، وَلَكِنَّهُ عِنْدَ الْحَفْرِ لَا بِالْحَفْرِ، وَإِنَّمَا عِلَّةٌ؛ كَالْجِرَاحَاتِ الْقَاتِلَةِ؛ فَإِنَّهَا تُؤْلَدُ السَّرَايَةُ، وَالسَّرَايَةُ سَبَبُ الْمَوْتِ، وَإِنَّمَا سَبَبٌ؛ فَلَا يَتَعَلَّقُ الْقِصَاصُ بِالشَّرْطِ، وَيَتَعَلَّقُ بِالْعِلَّةِ، وَالسَّبَبُ هُوَ الَّذِي لَهُ أَثَرٌ مَا فِي التَّوْلِيدِ؛ كَمَا لِلْعِلَّةِ، وَلَكِنَّهُ يُشْبِهُ الشَّرْطَ مِنْ وَجْهِ، فَهَذَا عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ.

(الْأَوَّلَى) الْإِكْرَاهُ؛ فَإِنَّهُ يُؤْلَدُ فِي الْمَكْرَهِ دَاعِيَةَ الْقَتْلِ غَالِبًا، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ (و) الْقِصَاصُ.

(الثَّانِيَةُ): شَهَادَةُ الزُّورِ؛ فَإِنَّهَا تُؤْلَدُ فِي الْقَاضِي دَاعِيَةَ الْقَتْلِ غَالِبًا؛ مِنْ حَيْثُ الشَّرْعُ، فَيَنَاطُ (ح) بِهَا الْقِصَاصُ عِنْدَنَا، إِلَّا إِذَا أَعْتَرَفَ الْوَلِيُّ بِكَوْنِهِ عَالِمًا بِتَرْوِيهِمْ، فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ إِلَّا عَلَيْهِ.

(الثَّالِثَةُ): مَا يُؤْلَدُ الْمُبَاشَرَةَ تَوْلِيدًا عَزْفِيًّا، لَا حِسْبِيًّا وَلَا شَرْعِيًّا؛ كَتَقْدِيمِ الطَّعَامِ الْمَسْمُومِ إِلَى الضَّيْفِ، وَحَفْرِ بَيْتٍ فِي الدَّهْلِيزِ، وَتَغْطِيَةِ رَأْسِهِ عِنْدَ دَعْوَةِ الضَّيْفِ، وَفِي أَرْتِبَاتِ الْقِصَاصِ، يَه قَوْلَانِ؛

لَأَنَّ الضَّيْفَ مُخْتَارٌ لَيْسَ مُلْجَأً حِسًّا وَشَرْعًا، فَإِنْ قُلْنَا: لَا قِصَاصَ، وَجَبَتِ الدِّيَّةُ، وَلَوْ جَرَى سَبَبٌ، وَقَدَّرَ الْمَقْصُودُ عَلَى دَفْعِهِ، فَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهْلِكًا، وَالْدَّفْعُ غَيْرُ مَوْثُوقٍ بِهِ، كَتَرَكِ مُعَالَجَةِ الْجُرْحِ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْجَارِحِ، وَإِنْ قُتِلَ الْمُتَغَنِّيَانِ؛ كَمَا لَوْ فَتَحَ عِزَّهُ، فَلَمْ يَغْصِبْ، حَتَّى تَرَفَ الدَّمُ، أَوْ تَرَكَهُ فِي مَاءٍ قَلِيلٍ، فَبَقِيَ مُسْتَلْقِيًّا؛ حَتَّى غَرِقَ، فَلَا قِصَاصَ، وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهْلِكًا، لَكِنَّ الدَّفْعَ سَهْلًا، كَمَا لَوْ أَلْقَى مَنْ يُحْسِنُ السَّبَاحَةَ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ، فَلَمْ يَسْنَحْ فَوْجَهَانِ^(١)؛ لَأَنَّهُ رُبَّمَا يُدْهَشُ عَنِ السَّبَاحَةِ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي نَارٍ، فَوَقَفَ، فَالظَّاهِرُ وَجُوبُ الْقِصَاصِ^(٢) لَأَنَّ الْأَعْصَابَ قَدْ تَشَنَّجَ بِإِلْقَائِهِ فِي النَّارِ فَتَعَسَّرَ الْحَرَكَةُ.

(الطَّرْفُ الثَّلَاثُ فِي اجْتِمَاعِ السَّبَبِ وَالْمُبَاشَرَةِ)، أَمَّا الشَّرْطُ، فَلَا يَبْقَى لَهُ حُكْمٌ مَعَ الْمُبَاشَرَةِ؛ كَالْمُمْسِكِ مَعَ الْقَاتِلِ، وَالْحَافِرِ مَعَ الْمُزْدِي، وَأَمَّا الْمُبَاشَرَةُ وَالسَّبَبُ، فَعَلَى مَرَاتِبٍ:

(الْأُولَى): أَنْ يَغْلِبَ السَّبَبُ الْمُبَاشَرَةَ، وَهُوَ إِذَا لَمْ تَكُنِ الْمُبَاشَرَةُ عُذْوَانًا؛ كَقَتْلِ الْقَاضِي وَالْجَلَّادِ مَعَ شَهَادَةِ الزُّورِ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الشُّهُودِ (ح).

(الثَّانِيَةُ): أَنْ يَصِيرَ السَّبَبُ مَغْلُوبًا؛ كَمَا إِذَا أَلْقَاهُ مِنْ سَطْحٍ، فَتَلَقَّاهُ إِنْسَانٌ بِسَيْفِهِ، فَقَدَّهُ بِنِصْفَيْنِ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْمُتْلِفِي، عَرَفَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْرِفْ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ، فَالْتَقَمَهُ الْحَوْتُ، وَجَبَ الْقِصَاصُ؛ عَلَى الْمَنْصُوصِ؛ لَأَنَّ فِعْلَ الْحَوْتِ لَا يُعْتَبَرُ، فَهُوَ كَنَضْلِ مَنْصُوبٍ فِي عُمُقِ الْبِئْرِ؛ إِذْ حُصُولُ الْجُرْحِ بِهِ، لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْقِصَاصِ عَلَى الْمُزْدِي.

وَخَرَجَ الرَّبِيعُ^(٣) قَوْلًا؛ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَيَجِبُ الدِّيَّةُ؛ لَأَنَّ اخْتِيَارَ الْحَيَوَانِ شُبْهَةٌ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يَغْتَدِلَ السَّبَبُ وَالْمُبَاشَرَةُ؛ كَالْإِكْرَاهِ عَلَى الْقَتْلِ، وَالْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا (ح) فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالْمُكْرِهِ، وَعَلَى هَذَا، فِي الدِّيَّةِ قَوْلَانِ؛ فَإِنْ أَسْقَطْنَا الدِّيَّةَ؛ إِحَالَةً عَلَى الْمُكْرِهِ، فِيهِ الْكَفَّارَةُ وَجْهَانِ، لَأَنَّ الْإِثْمَ بَاقٍ، فَإِنْ أَسْقَطْنَا الْكَفَّارَةَ فِيهِ جِزْمَانِ الْمِيزَاتِ وَجْهَانِ وَإِنْ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِمَا، وَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا كُفْنًا، وَجَبَ عَلَى الثَّانِي؛ لَأَنَّ شَرِيكَ غَيْرِ الْمُكَافِيءِ يُقْتَلُ، وَهُمَا كَالشَّرِيكَيْنِ، وَلَوْ أَكْرَهَ إِنْسَانًا عَلَى أَنْ يَزِمِي إِلَى ظُلْمٍ، عَرَفَهُ الْمُكْرَهُ إِنْسَانًا، فَظَنَّهُ الرَّامِي جُرْثُومَةً، فَهُوَ شَرِيكَ الْخَاطِيءِ، وَلَكِنْ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ وَجْهَانِ؛ لَأَنَّ هَذَا خَطَأٌ هُوَ نَتِيجَةُ تَلْيِيسِهِ وَإِكْرَاهِهِ، فِيهِ حَقُّهُ عَمْدٌ، وَعَلَيْهِ يُخْرَجُ إِذَا كَانَ الْمُكْرَهُ الْمُخْمُولُ صَبِيًّا، وَقُلْنَا: إِنَّ فِعْلَهُ خَطَأً، وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى صُعُودِ شَجَرَةٍ، فَتَزَلَّقَ رَجُلُهُ، وَمَاتَ، وَجَبَ (و) الْقِصَاصُ، وَلَمْ يُجْعَلْ شَرِيكَ

(١) قال الرافي: «كما لو ألقى من يُحْسِنُ السَّبَاحَةَ فِي مَاءٍ فَفَرَّقَ فَلَمْ يَسْحَ فِيهِ وَجْهَانِ» قيل: قولان. [ت]

(٢) قال الرافي: «ولو ألقاه في نار فوق فظاظر وجوب القصاص» الظاهر عند الأكثرين المنع. [ت]

(٣) قال الرافي: «الربيع» هو ابن سليمان بن كامل، وكامل لقب واسمه عبد الجبار وقيل عبد الرحمن المُزْدِي المصري أبو محمد المؤذن راوية كُتِبَ الشافعي الجديدة، وكان الشافعي يكرمه، ويذكر أنه قال: لو استطعت أن ألقمك العلم لقمة لفعلت، سمع الشافعي وعبد الله بن وهب، وأيوب بن سويد، وروى عنه ابن عبد الرحمن النسائي، وابن خزيمة وابن أبي حازم وغيرهم توفي «بمصر» سنة سبعين ومائتين. [ت]

وَلَوْ أَكْرَهُهُ عَلَى قَتْلِ نَفْسِهِ، فَقَتَلَ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْمُكْرِهِ؛ إِذْ لَا مَعْنَى لِهَذَا الْإِكْرَاهِ، وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْنِي، وَإِلَّا قَتَلْتُكَ، فَلَا قِصَاصَ لِلْإِذْنِ وَالْإِكْرَاهِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَإِذْنُهُ لَا يُغْتَبَرُ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لِرِثَائِهِ لَا لَهُ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا، وَإِلَّا قَتَلْتُكَ، فَقَتَلَ أَحَدَهُمَا، فَلَا إِكْرَاهَ (و)، لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّغْيِينِ، وَلَوْ أَمَرَهُ مُتَغَلَّبٌ، عَلِمَ مِنْ عَادَتِهِ السَّطْوُ عِنْدَ الْمُخَالَفَةِ، فَهُوَ كَالْإِكْرَاهِ؛ عَلَى أَقْسَى الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ أَمَرَهُ سُلْطَانٌ وَاجِبُ الطَّاعَةِ، عَلَى الْحِمْلَةِ، فَقَتَلَ مَنْ عَلِمَهُ الْمَأْمُورُ ظُلْمًا، فَفِي التَّحَاقِقِ بِالْإِكْرَاهِ وَجْهَانِ^(٢)؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْقَتْلَ فَسَادٌ، وَالْخُرُوجَ عَنْ طَاعَةِ السُّلْطَانِ أَيْضًا مُهَيِّجٌ لِلْفَسَادِ وَالْفِتْنَةِ؛ فَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً؛ بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا قُتِلَ بِأَمْرِ سَيِّدِهِ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْعَبْدِ؛ إِذْ لَيْسَ فِي مُخَالَفَتِهِ عَلَى وَفْقِ الشَّرْعِ مَا يَفْتَحُ بَابَ الْفِتْنَةِ.

وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ أَعْجَمِيًّا ضَارِبًا بِطَبْعِهِ، فَالسَّيِّدُ بِأَمْرِهِ كَالْمُغْرِبِيِّ لِلسَّبْعِ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَفِي تَعَلُّقِ الدِّيَةِ بِرَقَبَتِهِ وَجْهَانٍ؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ شَدِيدُ الشَّبَهِ بِالْهَيْمَةِ؛ وَكَذَا الْمَجْنُونُ الْخُرُّ، إِذَا كَانَ هَذَا طَبْعَهُ، وَلَا يُبَاحُ بِالْإِكْرَاهِ الزَّنَا وَالْقَتْلُ، وَيُبَاحُ بِهِ شُرْبُ الْخَمْرِ وَالْإِفْطَارُ وَإِنْلَافُ مَالِ الْغَيْرِ، بَلْ يَجِبُ، وَيُبَاحُ بِهِ كَلِمَةُ الرَّذَّةِ، وَهَلْ يَجِبُ؟ فِيهِ وَجْهَانٌ.

(فَرْعٌ): لَوْ أَنَّهُشَهُ حَيَّةٌ يَقْتُلُ مِثْلَهَا غَالِبًا، فَالْحَيَّةُ كَالسَّكِينِ، وَإِنْ قَتَلَ نَادِرًا؛ فَكَالْإِبْرَةِ^(٣)، وَإِنْ أَلْقَى عَلَيْهِ الْحَيَّةَ، وَكَانَ مِنْ طَبْعِهَا النِّفَارُ، فَلَا قِصَاصَ، وَكَذَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي بَيْتٍ وَلَوْ جَمَعَهُ فِي بَيْتٍ مَعَ سَبْعٍ، فَأَقْتَرَسَهُ، وَجِبَ الْقِصَاصُ، إِذِ السَّبْعُ فِي الْمَضِيقِ يَقْصِدُ، وَإِنْ أَغْرَى بِهِ فِي الصَّخْرَاءِ، فَلَا إِلَّا إِذَا كَانَ السَّبْعُ ضَارِبًا، وَالْهَرَبُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَالْمَجْنُونُ الضَّارِي كَالسَّبْعِ.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِي طَرَيَانِ الْمُبَاشَرَةِ عَلَى الْمُبَاشَرَةِ)، وَحُكْمُهُ تَقْدِيمُ الْأَقْوَى، فَلَوْ جَرَحَ الْأَوَّلُ، وَحَزَّ الثَّانِي، فَالْقَوْدُ عَلَى الثَّانِي، وَلَوْ أَنَّهُ الْأَوَّلُ إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، وَقَدْ الثَّانِي يَنْصَفَيْنِ، فَالْقَوْدُ عَلَى الْأَوَّلِ، وَلَوْ قَطَعَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْكُوعِ، وَالثَّانِي مِنَ الْمِرْفَقِ، فَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ، فَالْقَوْدُ (ح) عَلَيْهِمَا،

(١) قال الرافي: «ولو أكرهه على صعود شجرة فتنزلق رجله ومات وجب القصاص، ولم يجعل شريك خطأ وهذا وجه، والأظهر أنه عمد خطأ لا يتعلق به القصاص. [ت]

(٢) قال الرافي: «ولو أمره سلطان واجب الطاعة على الجملة فقتل من علمه المأمور ظلماً ففي التحاقه بالإكراه وجهان» قيل: قولان. [ت]

(٣) قال الرافي: «لو أنهشته حية يقتل مثلها غالباً، فالحية كالسكين وإن قتل نادراً فككالإبرة» أي يتعلق بها القصاص في الجملة لما في النهش من الغور والناكبة كغرز الإبرة وهذا قول الثاني وهو الأصح عند جماعة منهم صاحب التهذيب والقاضي الروياني وغيرهما أنه لا يتعلق به القصاص؛ لأنه لم يظهر قصد القتل فيه. [ت]

وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضاً مُشْرِفاً، وَجَبَ الْقَوْدُ، وَلَوْ قَتَلَ مَنْ نَزَعَ أَخْشَاؤُهُ، وَهُوَ يَمُوتُ بَعْدَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ لَا مَحَالَةَ، وَجَبَ الْقَوْدُ؛ لِأَنَّهُ أَزْهَقَ حَيَاةَ مُسْتَفْرَّةٍ؛ بِخِلَافِ حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ.

(فَإِنْ قِيلَ): ظُنُّ الْإِبَاحَةِ، هَلْ يَكُونُ شُبْهَةً؟

(قُلْنَا): مَنْ قَتَلَ رَجُلًا فِي دَارِ الْحَرْبِ عَلَى زَيْيِ أَهْلِ الشَّرْكِ؛ فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ، فَلَا قِصَاصَ وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ، وَفِي الدِّيَةِ قَوْلَانِ، وَلَوْ قَتَلَ مَنْ عَهْدُهُ مُرْتَدًّا، فَظَنَّ أَنَّهُ لَمْ يُسْلِمِ، فَإِذَا هُوَ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، فَقَوْلَانِ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ قَتْلُ الْمُرْتَدِّ؛ بَلْ هُوَ إِلَى الْإِمَامِ، وَلَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَبَيَّنْتُ أَنَّ أَبِي كَانَ حَيًّا، وَجَبَ الْقَوْدُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْذُورٍ، وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضاً، ظَنَّهُ صَحِيحاً ضَرْباً يَهْلِكُ الْمَرِيضَ، وَجَبَ الْقَوْدُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْذُورٍ؛ إِذْ ظَنَّ الْمَرَضِ لَا يُبِيحُ الضَّرْبَ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْقَتِيلُ)، وَشَرَطُ كَوْنِهِ مَضْمُونًا بِالْقِصَاصِ أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا، وَالْعِصْمَةُ بِالْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْأَمَانِ، وَالْحَرْبِيُّ مُهْدَرُ الدِّمِ، وَكَذَلِكَ الْمُرْتَدُّ، لَكِنْ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ، وَفِي حَقِّ الذَّمِّيِّ وَالْمُرْتَدِّ خِلَافٌ^(١)، وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ مَعْصُومٌ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُسْتَحِقِّ، وَالزَّانِي الْمُحْصَنُ يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى قَاتِلِهِ الذَّمِّيِّ، وَفِي الْمُسْلِمِ وَجْهَانِ؛ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ الْمُرْتَدِّ وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْقَاتِلُ)، وَشَرَطُهُ أَنْ يَكُونَ مُلْتَزِمًا لِلْأَحْكَامِ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْحَرْبِيِّ (و)، وَيَجِبُ عَلَى الذَّمِّيِّ، وَفِي السَّكَرَانِ خِلَافٌ.

وَقَدْ يَتَصَدَّى النَّظَرُ فِي سِتِّ خِصَالٍ، يُفْضَلُ بِهِ الْقَاتِلُ الْقَتِيلَ.

(الْخِصْلَةُ الْأُولَى): الدِّينُ، فَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَيُقْتَلُ الْيَهُودِيُّ بِالنَّصْرَانِيِّ، وَلَوْ قَتَلَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا، ثُمَّ أَسْلَمَ الْقَاتِلُ، أَسْتَوْفَى الْقَوْدَ، وَلَوْ أَسْلَمَ بَيْنَ الْجُزْحِ وَالْمَوْتِ فَوْجْهَانِ، وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ عَبْدًا مُسْلِمًا لِكَافِرٍ، لَمْ يَجِبِ الْقَوْدُ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ كَافِرٌ عِنْدَ الْقَتْلِ، وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ مُرْتَدًّا، فَلَا قِصَاصَ، وَلَوْ قَتَلَهُ مُرْتَدًّا، فَالظَّاهِرُ الْجُوبُ لِلتَّسَاوِي، وَإِنْ كَانَ الْحَرْبِيُّ لَا يُقْتَلُ بِالْحَرْبِيِّ، وَلَوْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ أَوْ الدِّيَةُ؛ فِي قَوْلٍ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ؛ فِي قَوْلٍ^(٢)؛ لِأَنَّهُ مُهْدَرٌ، وَيَجِبُ الْقَتْلُ فِي قَوْلٍ دُونَ الدِّيَةِ، لِأَنَّهُ مُهْدَرٌ، لِكَيْتَهُ مَعْصُومٌ عَنِ الذَّمِّيِّ^(٣).

وَفِي قَتْلِ الْمُرْتَدِّ بِالذَّمِّيِّ قَوْلَانِ؛ وَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّ فِيهِ عُلُقَةً الْإِسْلَامِ.

(الْخِصْلَةُ الثَّانِيَّةُ: الْحُرِّيَّةُ): فَلَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِرَقِيقٍ؛ كَمَا لَا يُقَطَّعُ يَدُهُ بِيَدِهِ، وَيُقْتَلُ الرَّقِيقُ بِالرَّقِيقِ

(١) قال الرافعي: «وفي حق المرتد والذمي خلاف قيل: قولان في الصورة الثانية. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن قتله ذمي وجب عليه القصاص في العمد والدية في الخطأ في قول، ولم يجب شيء في قول... إلى آخره» قيل: هي وجوه لا أقوال. [ت] هكذا بالأصول المعتمد عليها من التذنيب.

(٣) قال الرافعي: «ولو قتله مرتد فالظاهر وجوبه إلى قوله لكنه معصوم عن الذمي» الصورتان هما اللتان أجمل ذكرهما في الركن الثاني فقال: «وفي حق الذمي والمرتد خلاف»، ولو قال: لكن وفي حق المسلم وفي حق غيرها وسيأتي إذا قال: والمرتد خلاف كذلك على تفصيل سيأتي. [ت]

وَبِالْحَرْ، وَيُقْتَلُ الْمُسْتَوْلِدَةُ وَالْمَكَاتِبُ بِالْقَنْ، وَمَنْ يَضْفُهُ حُرٌّ وَيَضْفُهُ عَبْدٌ، لَا يُقْتَلُ بِمَنْ هُوَ فِي مِثْلِ حَالِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ تَخْصِصَ جِزَاءِ الْحُرِّيَّةِ بِمِثْلِهَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَالْإِشَاعَةُ تُؤَدِّي إِلَى اسْتِيفَاءِ الْحَرْ بِالرَّقِيقِ، وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ وَالْحُرِّ الذَّمِّيِّ إِذِ الْفَضِيلَةُ لَا تُجَبَّرُ بِالتَّقْصِصَةِ، وَلَوْ اشْتَرَى الْمَكَاتِبُ آبَاءَهُ، ثُمَّ قَتَلَهُ، فَفِي الْقِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَتَلَ غَيْرَ أَبِيهِ مِنْ عَبْدِهِ، فَلَا قِصَاصَ.

(الْخَصْلَةُ الثَّالِثَةُ: الْأَبْوَةُ)، وَلَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ، وَكَذَا الْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ؛ إِذْ لَا يَحْسُنُ أَنْ يَكُونَ مُعْدِمًا لِسَبَبِ وَجُودِهِ، وَكَذَلِكَ لَا يُقْتَلُ الْجَلَادُ آبَاءَهُ، وَلَا الْغَازِي، وَلَوْ قَتَلَ زَوْجَةَ ابْنِهِ، فَلَا قِصَاصَ؛ إِذْ ابْنُهُ وَارِثٌ، فَيَسْقُطُ نَصِيبُهُ، فَلَوْ تَدَاعَى رَجُلَانِ مَوْلُودًا، فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا، تَوَقَّفْنَا فَإِنْ، أَلْحَقَهُ الْقَائِلُ بِهِ، فَلَا قِصَاصَ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ بِالثَّانِي، أَقْتَصَّ، وَلَوْ قَتَلَ أَخَوَانِ (و) أَبَوَيْهِمَا مَعًا؛ أَحَدُهُمَا الْأَبَ، وَالْآخَرُ الْأُمَّ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ (و) قِصَاصَ صَاحِبِهِ، فَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْإِفْتِصَاصِ، سَقَطَ قِصَاصُهُ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ مِنْ أَحْيِهِ قِصَاصَ نَفْسِهِ، إِذَا قُلْنَا؛ الْقَائِلُ بِالْحَقِّ لَا يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ، وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُهُمَا الْأَبَ أَوَّلًا، ثُمَّ قَتَلَ الثَّانِي الْأُمَّ، سَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْ قَاتِلِ الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ مِنَ الْأُمِّ، حِصَّةَ قِصَاصِ نَفْسِهِ، وَلَمْ يَرِثْ قَاتِلُ الْأُمِّ مِنَ الْأُمِّ شَيْئًا؛ لِأَنَّ الْقَائِلَ مَحْرُومٌ؛ هَذَا إِنْ كَانَتْ الْأُمُّ زَوْجَةَ الْأَبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ قِصَاصَ صَاحِبِهِ.

(الْخَصْلَةُ الرَّابِعَةُ) التَّفَاوُتُ فِي تَأْبِيدِ الْعِصْمَةِ؛ وَذَلِكَ لَا يُعْتَبَرُ فَيُقْتَلُ الذَّمِّيُّ بِالْمُعَاهَدِ.

(الْخَصْلَةُ الْخَامِسَةُ): فَضِيلَةُ الذُّكُورَةِ، لَا يُعْتَبَرُ؛ فَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ.

(فَرَعَ): إِذَا قَطَعَ رَجُلٌ ذَكَرَ خُنْثَى مُشَكَّلٍ، وَشَفَرَنِهِ دِيَةً، فَلَا قِصَاصَ؛ لِاخْتِمَالِ أَنَّ الْمَقْطُوعَ أَمْرَأَةً، وَلَوْ عَفَا عَنِ الْقِصَاصِ، سَلَّمَ إِلَيْهِ (و) دِيَةُ الشُّفَرَيْنِ وَحُكُومَةُ؛ [...] أَخَذًا بِأَحْسَنِ التَّقْدِيرَيْنِ؛ فَإِنَّهُ الْمُسْتَيْقِنُ، فَإِنْ لَمْ يَعْفُ، فَلَا يُقَدَّرُ دِيَةُ الذَّكَرِ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهِ مُتَوَقَّعٌ، بَلْ يُضَرَفُ إِلَيْهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ (و) مِنْ حُكُومَةِ الشُّفَرَيْنِ بِإِغْتِيَارِ الذُّكُورَةِ، أَوْ دِيَةُ الشُّفَرَيْنِ وَحُكُومَةُ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيْنِ عَلَى تَقْدِيرِ الْأُنْثَوَةِ، وَإِنْ كَانَ الْقَاطِعُ أَمْرَأَةً، فَلَا يُقَدَّرُ دِيَةُ الشُّفَرَيْنِ، بَلْ يُضَرَفُ حُكُومَةُ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيْنِ عَلَى تَقْدِيرِ الْأُنْثَوَةِ، فَإِنَّهُ أَقْلُ مِنْ تَقْدِيرِ حُكُومَةِ الشُّفَرَيْنِ مَعَ دِيَةِ الذَّكَرِ، وَإِنْ كَانَ الْقَاطِعُ خُنْثَى، لَمْ نَضَرَفْ (و) إِلَيْهِ قَبْلَ الْعَفْوِ إِذْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَخْرُجَا مُتَوَافَيْنِ، فَتُجْرِي الْقِصَاصُ فِي الْعُضْوِ الرَّائِدِ مَعَ الْأَصْلِيِّ.

وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَعْفُ عَنِ الْقِصَاصِ، لَمْ يُضَرَفْ إِلَيْهِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ يَذَرِي أَنَّ الْمَأْخُودَ دِيَةً أَوْ حُكُومَةً، وَلَوْ كَانَ الْقَاطِعُ رَجُلًا، فَقَالَ: أَفَرَزْتُ بِأَنَّكَ أَمْرَأَةً، فَلَا قِصَاصَ فِي الذَّكَرِ، وَقَالَ الْمَقْطُوعُ: بَلْ أَفَرَزْتُ بِأَنِّي رَجُلٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي فِي قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقِصَاصِ.

وَقَوْلُ الْخُنْثَى؛ فِي قَوْلِهِ؛ لَأَنَّا نَحْكُمُ لَهُ بِالذُّكُورَةِ بِقَوْلِهِ، مَهْمَا قَالَ: إِنِّي رَجُلٌ.

(الْخَصْلَةُ السَّادِسَةُ): التَّفَاوُتُ فِي الْعَدَدِ لَا يُؤَثِّرُ بَلْ يُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ (م و) بِالْوَاحِدِ، وَالْوَاحِدُ إِذَا قَتَلَ جَمَاعَةً (و ح م)، قُتِلَ بِوَاحِدٍ، وَلِلْبَاقِينَ الرَّجُوعُ إِلَى الدِّيَاتِ، وَلَا قِصَاصَ (م ز و) عَلَى شَرِيكِ الْخَاطِئِ وَيَجِبُ عَلَى شَرِيكِ الْأَبِ، وَشَرِيكِ كُلِّ عَامِدٍ ضَامِنٌ وَفِي شَرِيكِ الْحَزْبِيِّ وَشَرِيكِ الْجَلَادِ

(ح)، وَمُسْتَوْفِي الْقِصَاصِ وَالْجَارِحِ فِي حَالَةِ الرَّدَّةِ، وَكُلٌّ عَامِدٌ لَيْسَ بِضَامِنٍ: قَوْلَانِ، وَالسَّبْعُ مُلْحَقٌ بِالْخَاطِئِ؛ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، لَا بِالْحَزْبِيِّ، وَشَرِيكَ السَّيِّدِ كَشَرِيكَ الْأَبِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ ضَمِينُ الْكُفَّارَةِ، وَإِنْ لَمْ يَضْمَنْ الدِّيَةَ، وَشَرِيكَ مَنْ جَرَحَ بِنَفْسِهِ؛ كَشَرِيكَ السَّيِّدِ، إِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ الْكُفَّارَةُ بِقَتْلِ النَّفْسِ.

(فَرَعَ): إِذَا صَدَرَتْ جِرَاحَتَانِ مِنْ وَاحِدٍ، وَإِخْدَاهُمَا غَيْرُ مُوجِبَةٍ، فَلَا قِصَاصَ؛ كَمَا لَوْ جَرَحَ عَمْدًا وَخَطَأً، أَوْ جَرَحَ حَزْبِيًّا، ثُمَّ أَسْلَمَ، فَجَرَحَهُ ثَانِيًّا، أَوْ جَرَحَ مُسْتَوْفِي الْقِصَاصِ وَالْحَدَّ بَعْدَ اسْتِيفَائِهِ، وَلَوْ دَاوَى الْمَجْرُوحَ بِنَفْسِهِ بِسُوءِ مُدَقِّقٍ، يَنْقُطُ الْقِصَاصُ عَنِ الْجَارِحِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُدَقِّقًا، صَارَ الْجَارِحُ شَرِيكَ النَّفْسِ، وَكَذَا إِذَا خَاطَ الْمَجْرُوحُ جُرْحَهُ فِي لَحْمٍ حَيٍّ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْمُتَدَاوِيَ مُخْطِئٌ، فَهُوَ شَرِيكَ الْخَاطِئِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ قُرُوحٌ، أَوْ بِهِ مَرَضٌ، وَالْجَارِحُ لَا يَصِيرُ بِهِ شَرِيكًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُضَافُ إِلَى الْأَخْتِيَارِ، وَلَوْ تَمَالَا جَمْعٌ عَلَى وَاحِدٍ، وَضَرَبَ كُلُّ وَاحِدٍ سَوْطًا، سَقَطَ الْقِصَاصُ؛ فِي وَجْهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ خَاطِئٌ، وَوَجِبَ فِي وَجْهِ؛ حَسْمًا لِلدَّرِيعَةِ، وَوَجِبَ فِي الثَّلَاثِ، إِنْ كَانَ عَنْ تَوَاطُيٍّ، وَلَوْ جَرَحَهُ وَنَهَشْتُهُ حَيَّةً، فَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَلَوْ جَرَحَهُ مَعَ ذَلِكَ سَبْعٌ، فَعَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: النِّصْفُ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى عَدَدِ الْحَيَوَانِ.

(فَضَّلُ): فِي تَغْيِيرِ الْحَالِ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ، وَلَهُ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ:

(الْحَالَةُ الْأُولَى): فِي طَرَيَانِ الْعِضْمَةِ، فَلَوْ جَرَحَ مُرْتَدًّا، أَوْ حَزْبِيًّا، فَأَسْلَمَ، ثُمَّ مَاتَ، فَفِي وُجُوبِ الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَالْأَصَحُّ الشُّقُوطُ، وَلَوْ جَرَحَ عَبْدٌ نَفْسَهُ، وَأَغْتِقَ، ثُمَّ مَاتَ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْوُجُوبِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ، فَلَوْ رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ أَوْ عَبْدٍ، ثُمَّ طَرَأَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ، فَفِي الْوُجُوبِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ الْعِضْمَةَ قَارَنْتَ أَوَّلَ الْإِصَابَةِ، وَإِنْ لَمْ تُقَارِنْ الرَّمْيَ، فَإِنْ حَفَرَ بِثَرًّا، فَتَرَدَّى فِيهِ مَنْ كَانَ مُرْتَدًّا عِنْدَ الْحَفْرِ، وَجِبَ الضَّمَانُ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا فِي جُرْحِ الْحَزْبِيِّ، إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ الْمَوْتِ، فَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ خَطَأً بِالْإِضَافَةِ إِلَى عِضْمَةِ الْإِسْلَامِ.

(الْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ): أَنْ يَطْرَأَ الْمُهْدِرُ؛ كَمَا لَوْ جَرَحَ مُسْلِمًا، فَأَزْتَدَّ، وَمَاتَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا أَرْضُ الْجَنَائَةِ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ مُهْدَرَةٌ، وَلِلْوَلِيَّةِ الْمُسْلِمِ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلَى بِالتَّشْفِي مِنَ الْإِمَامِ.

وَقِيلَ: الْإِمَامُ أَوَّلَى بِهِ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يُوْرَثُ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ، فَأَزْتَدَّ وَمَاتَ، فَدِيَةٌ وَاحِدَةٌ؛ كَمَا لَوْ مَاتَ مُسْلِمًا.

وَقِيلَ: دِيَّتَانِ؛ لِأَنَّا لَوْ أَدْرَجْنَا، لَأَهْدَرْنَا.

وَقِيلَ: لَا شَيْءَ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ صَارَ قَتْلًا، وَصَارَ مُهْدَرًا.

(الْحَالَةُ الثَّلَاثَةُ): لَوْ تَخَلَّلَ الْمُهْدِرُ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ؛ كَمَا لَوْ أَزْتَدَّ، ثُمَّ أَسْلَمَ، فَفِي الْقِصَاصِ قَوْلَانِ، إِنْ قَرَّبَ الزَّمَانُ؛ لِمُقَارَنَةِ الْإِهْدَارِ بَعْضَ أَجْزَاءِ السَّبَبِ، وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ، فَالصَّحِيحُ

السُّقُوطُ^(١)؛ كَمَا لَوْ جَرَحَهُ فِي حَالَةِ الرُّدَّةِ، فَبِئْسَ حَالَهُ الْإِسْلَامُ، إِذِ الْجِرَاحَةُ تُسْرِي فِي الرُّدَّةِ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا الْقِصَاصَ، وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَةِ، إِنْ كَانَ خَطَأً.

وَقِيلَ: ثُلُثُ الدِّيَةِ؛ تَوْزِيْعاً عَلَى الْأَخْوَالِ الثَّلَاثِ.

وَقِيلَ: نِصْفُ الدِّيَةِ؛ تَوْزِيْعاً عَلَى الْعِصْمَةِ وَالْإِهْدَارِ.

(الْحَالَةُ الرَّابِعَةُ): طَرَيَانُ مَا يُغَيِّرُ مِقْدَارَ الدِّيَةِ؛ كَمَا لَوْ جَرَحَ ذِمِّيًّا، فَأَسْلَمَ أَوْ عَبْدًا، فَأَعْتَقَ، ثُمَّ مَاتَ، وَالنَّظَرُ فِي الْقَدْرِ إِلَى حَالَةِ (ح) الْمَوْتِ، وَلَوْ فَقَّاعَيْنِي عَبْدٌ قِيَمَتُهُ مِائَتَانِ مِنَ الْإِبِلِ، فَعَتَّقَ، فَمَاتَ، فَعَلَيْهِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَبُضِرَفُ إِلَى السَّيِّدِ؛ كَيْلًا تَضِيْعُ الْجَنَائِيَّةُ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَطَعَ إْحْدَى يَدَيِ عَبْدٍ، فَعَتَّقَ، فَمَاتَ، فَالْمَضْرُوفُ إِلَى السَّيِّدِ؛ فِي قَوْلِي، أَقُلُّ (ح) الْأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ أَوْ كُلِّ الْقِيَمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ أَقُلُّ الْوَاجِبِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِرًا بِالْجَنَائِيَّةِ عَلَى الْمَلِكِ أَوَّلًا، أَوْ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ الْقِيَمَةِ، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي يُضْرَفُ إِلَيْهِ أَقُلُّ (ح) الْأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ، أَوْ نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ الْمَضْرُوفَ إِلَيْهِ أَقُلُّ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِرًا بِالْجَنَائِيَّةِ عَلَى الْمَلِكِ أَوَّلًا أَوْ مُجَرَّدُ أَزْشِ الْجَنَائِيَّةِ عَلَى الْمَلِكِ، وَلَوْ قَطَعَ إْحْدَى يَدَيِ عَبْدٍ، فَعَتَّقَ، ثُمَّ جَرَحَهُ رَجُلَانِ آخَرَانِ، فَعَلَى جَمِيعِهِمْ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَعَلَى الْجَانِي فِي الرُّقِّ الثُلُثُ، وَلِلْسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلِي، أَقُلُّ (ح) الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ، أَوْ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ الْقِيَمَةِ، وَهُوَ ثُلُثُ الْقِيَمَةِ.

وَفِي قَوْلِي أَقُلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ؛ أَوْ نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَهُوَ أَزْشُ جَنَائِيَّةِ الْمَلِكِ، الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا عَادَ، وَهُوَ فِي الْعِتْقِ، وَجَرَحَ جُرْحًا ثَانِيًّا، فَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَلَكِنْ بِجِرَاحَتَيْنِ، حِصَّةُ جَنَائِيَّةِ الرُّقِّ نِصْفُهُ، وَهُوَ السُّدُسُ، فَالْمَضْرُوفُ إِلَى السَّيِّدِ الْأَقْلُ مِنْ سُدُسِ الدِّيَةِ، أَوْ سُدُسُ الْقِيَمَةِ؛ عَلَى قَوْلِي.

وَعَلَى قَوْلِي هُوَ الْأَقْلُ مِنْ سُدُسِ الدِّيَةِ أَوْ نِصْفُ الْقِيَمَةِ، ثُمَّ حَقُّ السَّيِّدِ فِي الدَّرَاهِمِ، وَالْوَاجِبُ عَلَى الْجَانِي الْإِبِلُ، وَالْخِيَرَةُ إِلَى الْجَانِي، فَإِنْ سَلَّمَ الْإِبِلَ، فَهِيَ وَاجِبَةٌ، وَإِنْ سَلَّمَ الدَّرَاهِمَ، فَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ أَلَا مِثْنًا؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ.

وَقِيلَ: الْإِبِلُ هُوَ الْوَاجِبُ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَعَيَّنُ.

(النُّوعُ الثَّانِي: الْقِصَاصُ فِي الطَّرَفِ)، وَهُوَ فِي شَرْطِ الْقَطْعِ وَالْقَاطِعِ وَالْمَقْطُوعِ؛ كَمَا ذَكَرْنَا فِي شَرْطِ الْقَطْعِ وَالْقَاتِلِ وَالْمَقْتُولِ لَا يُقَارِفُهُ (ح) فِي التَّفَاوُتِ فِي الْبَدَلِ، تُقَطَّعُ (ح) يَدُ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ بِالْحُرِّ، وَلَا تُقَطَّعُ السَّليْمَةُ بِالسَّلَاءِ، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِنِصْفٍ مِنْ صَاحِبِهَا^(٢)، وَالْأَيْدِي تُقَطَّعُ (ح)

(١) قال الرافعي: «وإن طال الزمان، فالصحيح السقوط» أي من القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا تقطع السليمة بالسَّلاء»؛ لأنها ليست بعضاً من صاحبها» المسألة المذكورة من بعد في التفاوت الثاني في الصفات وأشار بذكره ها هنا إلى أننا وإن لم نراع في قصاص الطرف التساوي في العدل حتى تقطع يد الرجل بيد المرأة، لكن يراعى نسبة الطرفين إلى الجملتين واليد السَّلاء ليست بعضاً من صاحبها بخلاف الصحيحة. [ت] في أصل الوجيز «نصفا» وفي أصل التذنيب بضعا.

بِالْيَدِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ الْأَشْتِرَاكِ فِي جَمِيعِ أَجْزَاءِ الْقَطْعِ .

وَأَيْمَا تَفَارِقِ النَّفْسِ فِي أَمْرَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّ الْأَجْسَامَ لَا تُضْمَنُ بِالسَّرَايَةِ نَصًّا؛ بِخِلَافِ الرُّوحِ، وَفِيهِ تَخْرِيجٌ؛ أَنَّهُ كَالرُّوحِ

(و).

(الثَّانِي): أَنَّ الْجِنَايَةَ يَتَّبِعِي أَنْ تَكُونَ قَابِلَةً لِلضَّبْطِ؛ حَتَّى يُسْتَوْفَى مِنْهَا.

(وَالْجِنَايَاتُ ثَلَاثٌ): جُرْحٌ، وَإِبَانَةٌ طَرْفٍ، وَإِزَالَةٌ مَنْفَعَةٍ:

(أَمَّا الْجُرْحُ): فَفِي الْمَوْضِحَةِ الَّتِي تُوضِحُ الْعَظْمَ مِنَ الرَّأْسِ أَوْ الْجَنْبَةِ أَوْ الْحَدِّ أَوْ قَصَبَةِ الْأَنْفِ الْقِصَاصُ، وَلَا قِصَاصَ فِيمَا بَعْدَهَا مِنَ الْهَاشِمَةِ لِلْعَظْمِ، أَوْ الْمُتَقَلِّةِ لَهُ، أَوْ الْأَمَةِ الْبَالِغَةِ إِلَى أَمِّ الرَّأْسِ، أَوْ الدَّامِغَةِ الْخَارِقَةِ لِحَرْبِطَةِ الدِّمَاغِ، وَلَا فِيمَا قَبْلَ الْمَوْضِحَةِ مِنَ الْحَارِصَةِ الَّتِي تَشُقُّ الْجِلْدَ، أَوْ الدَّامِغَةِ الَّتِي تُسِيلُ الدَّمَ، وَأَمَّ الْبَاصِعَةَ الَّتِي يَخْرِقُ يُبْضِعُ اللَّحْمَ أَوْ الْمُتَلَاحِمَةَ الَّتِي تَغُوصُ فِي اللَّحْمِ عَرَضًا بِالْغَا، فَقَوْلَانِ؛ لِأَنَّ الضَّبْطَ مُمَكِّنٌ عَلَى عُسْرِ، وَذَلِكَ بِالنَّسْبَةِ، فَإِذَا قَطَعَ نِصْفَ لَحْمِهِ إِلَى الْعَظْمِ، قَطَعْنَا نِصْفَ اللَّحْمِ إِلَى الْعَظْمِ، فَإِنْ شَقَّ مَارِنَهُ أَوْ أُذُنَهُ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوَّلَى بِالْوُجُوبِ؛ لِأَنَّ ضَبْطَهُ أَيْسَرُ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضُ كُوعِهِ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوَّلَى بِأَلَّا يَجِبُ؛ لِأَنَّ الْعُرُوقَ وَالْأَعْصَابَ مُخْتَلِفَةً الْوَضْعَ فِيهِ، وَأَمَّا الْمَوْضِحَةُ عَلَى الصَّدْرِ وَسَائِرِ الْبَدَنِ، فَلَا يَتَقَدَّرُ دِيَّتُهَا، وَلَكِنْ يَجْرِي الْقِصَاصُ فِيهَا؛ عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِإِمْكَانِ الضَّبْطِ.

(وَأَمَّا الْأَطْرَافُ)، فَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي جَمِيعِ الْمَفَاصِلِ، إِلَّا فِي أَصْلِ الْمَنْكَبِ وَالْفَخِذِ، إِذَا لَمْ يُمْكِنَ إِلَّا بِإِجَافَةٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَجِبُ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الْإِجَافَةِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ.

وَفِي مَعْنَى الْمَفَاصِلِ أَبْعَاضُ الْمَارِنِ وَالْأُذُنِ وَالْأَنْثَيْنِ وَالذَّكَرِ وَالْأَجْفَانِ وَالشَّفَتَيْنِ (و) وَالشُّفْرَيْنِ (و)؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ التَّقْدِيرَ، وَلَا قِصَاصَ فِي فَلَقَةٍ مِنَ الْفَخِذِ؛ لِأَنَّ سُمْكَهُ لَا يَنْضَبِطُ، وَالْعَجْزُ بَيْنَ أَنْبِطِ الْفَخِذِ وَتَوُّ الذَّكَرِ فِيهِ تَرْدُدٌ، وَلَا قِصَاصَ فِي كَسْرِ الْعِظَامِ، لَكِنْ يُقَطَّعُ (ح) أَقْرَبُ الْمَفْصِلِ إِلَيْهِ مَعَ حُكُومَةِ الْبَقِيَّةِ، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسُهُ مَعَ الْهَشَمِ، فَالْقِصَاصُ (ح) فِي الْمَوْضِحَةِ، وَالْأَرْضُ فِي الْهَشَمِ وَلَوْ قَطَعَ مِنَ الْمَرْقُوقِ، لَمْ يَجْزَلْهُ (و) الْقَطْعُ مِنَ الْكُوعِ، وَلَوْ كَسَرَ عَظْمَ الْعَضِدِ، فَقَبِي الْقَطْعُ مِنَ الْكُوعِ مَعَ تَرْكِ أَرْضِ السَّاعِدِ وَجْهَانِ^(١)، وَإِذَا سَقَطَ أَرْضُ السَّاعِدِ، فَقَبِي أَرْضِ بَقِيَّةِ الْعَضِدِ عِنْدَ عُذُولِهِ إِلَى الْكُوعِ

(١) قال الرافعي: «وإن كسر عظم العضد ففي القطع من الكوع مع ترك أرض الساعد وجهان» قضية ظاهرة تقييد الوجهين بما إذا قطع من الكوع تاركاً حكومة الساعد ولم يتعرض له الإمام وغيره، بل أطلقوا الوجهين، ثم فرعوا عليها حكومة الساعد فقالوا: إن جَوَزْنَا له القطع من الكوع فقطع فهل له حكومة الساعد؟ فيه وجهان أشبههما نعم. [ت]

عَدَوَانًا وَجَهَانٍ^(١)، وَلَوْ عَدَلَ إِلَى لَفُطِ الْأَصَابِعِ، مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكُوعِ، لَمْ يَجُزْ لَتَعَدُّدِ الْجِرَاحَةِ.

(وَأَمَّا الْمَعَانِي)، فَالْسَّمْعُ وَالْبَصَرُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا بِالسَّرِيَّةِ عِنْدَ إِضْصَاحِ الرَّأْسِ، وَلَوْ قَطَعَ بَغْضُ الْأَصَابِعِ، فَتَأْكُلُ الْبَاقِي بِالسَّرِيَّةِ، لَمْ يَضْمَنْ الْأَجْسَامَ بِالسَّرِيَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُقْصَدُ، هَذَا نَصُّهُ^(٢).

وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَفِي إِنْحَاقِ الْعَقْلِ وَالتَّبْطُّشِ بِالْبَصَرِ تَرَدُّدٌ؛ لِتَبْغِيهِمَا عَنِ التَّنَاقُلِ بِالسَّرِيَّةِ، وَلَوْ قَطَعَ مُسْتَحِقُّ الْيَدِ بَغْضَ الْأَصَابِعِ، فَتَأْكُلُ الْبَاقِي، فَبِي تَأْذِي الْقِصَاصِ بِهِ قَوْلَانِ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ خَطَأً، أَوْ كَانَ الْمُسْتَحِقُّ مَجْنُونًا، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسُهُ، فَتَمَعَّطَ شَعْرُهُ، فَأَوْضَحْنَا رَأْسَهُ، فَتَمَعَّطَ شَعْرُهُ، فَبِي وَقُوعِ الشَّعْرِ قِصَاصًا خِلَافًا، وَأَوَّلَى بِالْأَقْبَحِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الشَّعْرِ لَا قِصَاصَ فِيهِ، وَوَجْهَهُ وَوُقُوعَهُ؛ أَنَّهُ تَابِعٌ لِلْإِضْصَاحِ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي الْمُمَازَلَةِ)، وَالتَّفَاوُتِ فِي ثَلَاثَةِ:

(التَّفَاوُتُ الْأَوَّلُ): تَفَاوُتُ الْمَحَلِّ وَالْقَدْرِ، فَلَا يُقْطَعُ الْيُمْنَى بِالسَّرِيَّةِ، وَلَا السَّبَابَةُ بِالْوُسْطَى، وَلَا أَضْبَعُ زَائِدَةٌ بِأُخْرَى عِنْدَ تَفَاوُتِ الْمَحَلِّ، وَإِنْ تَسَاوَتْ الزَّائِدَتَانِ فِي الْحُكْمَةِ، وَاخْتَلَفَا فِي الْحُجْمِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُمَا اسْمٌ أَصْلِيٌّ؛ بِخِلَافِ يَدِ الصَّغِيرِ مَعَ الْكَبِيرِ، وَالتَّفَاوُتُ فِي الْمَوْضِيعَةِ يُؤَثِّرُ، أَغْنِي فِي سَعَتِهَا، لَا فِي عَوْضِهَا (و)، وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِ أَضْعَفَ، اسْتَوْعَبْنَا رَأْسَهُ، وَلَمْ يَكْمَلْ بِالْقَفَا، بَلْ ضَمَمْنَا (ح) إِلَيْهِ الْأَرْضَ، وَلَوْ كَانَتْ نَاصِيَةُ الْجَانِي أَضْعَفَ، وَقَدْ أَوْضَحَ نَاصِيَةَ غَيْرِهِ، كَمَلْنَا (و) بِمَا حَوَالِيهِ، لِشُمُولِ اسْمِ الْمَوْضِيعَةِ، وَلَوْ زَادَ عَلَى مَا اسْتَحَقَّهُ قِصَاصًا، فَعَلَيْهِ أَرْضٌ كَامِلٌ لِنَلِكِ الزِّيَادَةِ لِأَنَّهُ فَارَقَ الْبَقِيَّةَ فِي الْحُكْمِ، فَأَفْرَدَ بِحُكْمِ.

وَقِيلَ عَلَيْهِ قِسْطٌ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مَوْضِيعَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ اشْتَرَكُوا فِي إِضْصَاحِ، اخْتِمِلَ (و) أَنَّ يُوزَعُ الْمِقْدَارُ عَلَيْهِمْ، وَاخْتِمِلَ أَنَّ يُوضَحَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلُهُ.

(التَّفَاوُتُ الثَّانِي: فِي الصِّفَاتِ)، وَلَا يُقْطَعُ الْيَدُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلَاءِ، وَيُقْطَعُ (و) الشَّلَاءُ بِالصَّحِيحَةِ، إِنْ قَنَعَ بِهَا، وَلَا يَضْمُ إِلَيْهَا أَرْضٌ^(٣)، وَكَذَا ذَكَرُ الْأَشْلِ، وَشَلْلُ الذَّكَرِ أَلَّا يَتَقَلَّصَ فِي بَرْدٍ، وَلَا يَسْتَرْسِلَ فِي حَرٍّ وَيُقْطَعُ ذَكَرُ (ح م) الصَّحِيحِ بِذَكَرِ الْعَيْنِ وَالْخَصِيِّ وَالصَّبِيِّ؛ إِذْ لَا خَلَلَ فِي نَفْسِ الْعَضْوِ، كَمَا يُقْطَعُ أُذُنُ السَّمِيعِ بِالْأَصَمِّ، وَأَنْفُ السَّلِيمِ بِالْأَخْسَمِ وَأَنْفُ الصَّحِيحِ بِالْمَجْدُومِ، إِلَّا إِذَا أَخَذَ الْجُدَامُ فِي التَّفَثُّتِ، وَحَدَقَ الْعَمْيَاءُ وَلِسَانُ الْأَبْكَمِ كَالشَّلَاءِ، وَيُقْطَعُ الْأُذُنُ الصَّحِيحَةُ بِالْمَثْقُوبَةِ

(١) قال الرافي: «وإذا سقط أَرَشُ السَّاعِدِ فِي أَرَشِ بَقِيَّةِ الْعَضْدِ عِنْدَ عُدُولِهِ إِلَى الْكُوعِ عَدَوَانًا وَجَهَانًا» حِكَايَةُ الْوَجْهَيْنِ فِي حُكْمَةِ بَقِيَّةِ الْعَضْدِ لَا يَكَادُ يَوْجَدُ لَغَيْرِ صَاحِبِ الْكِتَابِ، وَالَّذِي يَوْجَدُ أَنَّهَا تَجِبُ؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ تِلْكَ الْبَقِيَّةِ مُتَعَذِّرٌ شَرْعًا، وَلَمْ يَوْجَدْ فِيهَا مِنَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ عُدْوَى. [ت]

(٢) قال الرافي: «وَأَمَّا الْمَعَانِي فَالْسَّمْعُ وَالْبَصَرُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا بِالسَّرِيَّةِ إِلَى قَوْلِهِ: هَذَا نَصُّهُ السِّيَاقُ يَشْمُرُ بِأَنَّ النَّصَّ فِي السَّمْعِ وَالْبَصَرِ وَجُوبُ الْقِصَاصِ بِالسَّرِيَّةِ، وَفِي الْأَجْسَامِ الْمَنْعُ، وَلَيْسَ فِي السَّمْعِ نَقْلٌ نَصِي، وَإِنَّمَا النَّصُّ فِي الْبَصَرِ وَالْحَقُّ السَّمْعُ بِهِ عَلَى اخْتِلَافٍ فِيهِ. [ت]

(٣) قال الرافي: وَيُقْطَعُ الشَّلَاءُ بِالصَّحِيحَةِ إِنْ قَنَعَ بِهَا، وَلَا يَضْمُ إِلَيْهِ أَرْضٌ مُغْنٍ عَنْ قَوْلِهِ: إِنْ قَنَعَ بِهَا. [ت]

مِنْ أُذُنِ النِّسَاءِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ شَيْنٌ، وَلَا تُسْتَوْفَى كَامِلَةً بِأُذُنٍ مَجْدُومَةٍ، قُطِعَ بَعْضُهَا، وَلَوْ كَانَ أَظْفَارُ
الْمَجْنُونِ مُتَفَرِّعَةً أَوْ مُحَصَّرَةً أَوْ مَقْلُوعَةً، قُطِعَ بِهَا الصَّحِيحَةُ^(١)، نَظَرًا إِلَى كَمَالِ أَرْضِ الْأَنْثَمَلَةِ مِنْ غَيْرِ
ظُلْمٍ، وَلَوْ قُطِعَ أُذُنُهُ، ثُمَّ أَلْتَصَقَ فِي حَرَارَةِ الدَّمِ، لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ، وَوَجِبَ قَطْعُهُ، إِنْ قُلْنَا إِنَّهُ
نَجِسٌ.

وَلَا يَقْلَعُ سِنَّ الْبَالِغِ بِسِنِّ الصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يُفْغَرْ، وَكَذَا إِذَا فَسَدَ مَنِيْتُ الصَّبِيِّ لَكِنْ عَلَى أَحَدِ
الْقَوْلَيْنِ، لِأَنَّ سِنَّ الصَّبِيِّ فَضْلَةٌ فِي الْأَصْلِ، وَسِنَّ الْبَالِغِ أَصْلِيٌّ^(٢)،

وَإِنْ أَعَادَ سِنَّ الْبَالِغِ، فَفِي سُقُوطِ (و) الْقِصَاصِ قَوْلَانِ، وَلَوْ عَادَتِ الْمُوضِحَةُ مُلْتَمِئَةً، لَمْ
يَسْقُطِ الْقِصَاصُ، وَلَوْ قَطَعَ فَلَقَةً مِنْ طُولِ لِسَانِهِ، فَعَادَ، فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْمُوضِحَةِ وَالسِّنِّ، فَإِنْ حَكَمْنَا
بِسُقُوطِ الْقِصَاصِ، وَكَانَ قَدْ اسْتَوْفَاهُ، لَزِمَهُ الدِّيَةُ، وَإِنْ كَانَ الْعَائِدُ سِنَّ الْجَانِي، فَهَلْ يَقْلَعُهُ عَلَى هَذَا
الْقَوْلِ ثَانِيًا وَثَالِثًا إِلَى إِفْسَادِ الْمَنِيِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(التَّفَاوُتُ الثَّالِثُ: فِي الْعَدَدِ)، فَإِنْ كَانَ يَدُ الْجَانِي نَاقِصًا بِأَصْبُعٍ، قُطِعَتْ (ح) وَطُولُهَا
بِالْأَرْضِ، وَإِنْ كَانَ النَّاقِصُ يَدُ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ كَانَ (ح) لَهُ لَقَطُ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى يَدِ
الْجَانِي أَصْبُعَانِ شَلَاوَانِ، فَلَهُ لَقَطُ الْأَصَابِعِ الثَّلَاثِ، وَلَهُ دِيَّةُ الْأَصْبُعَيْنِ، وَحُكُومَةُ الْكَفِّ يَنْدَرُجُ تَحْتَ
جَمِيعِ الْأَصَابِعِ؛ قَوْلًا وَاحِدًا، وَهَلْ يَنْدَرُجُ تَحْتَ قِصَاصِ الْأَصَابِعِ، وَهَلْ يَنْدَرُجُ بَعْضُهُ تَحْتَ دِيَّةِ
بَعْضِ الْأَصَابِعِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالصَّحِيحُ (و)؛ أَنَّهُ لَا يَنْدَرُجُ تَحْتَ حُكُومَةِ الْأَصْبُعِ الشَّلَاءِ، وَإِنْ كَانَ
عَلَى يَدِ الْجَانِي سِتُّ أَصَابِعٍ مُتَسَاوِيَةٍ لَيْسَ فِيهَا زَائِدٌ، فَلِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ أَنْ يَلْقَطَ خَمْسًا، وَيُطَالِبَ بِسُدُسِ
دِيَّةِ الْيَدِ، وَيَحْطُ شَيْءٌ بِالْاجْتِهَادِ؛ لِأَنَّ كُلَّ سُدُسٍ اسْتَوْفَاهُ، كَانَ فِي صُورَةِ خُمْسٍ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا
زِيَادَةٌ بِالْفِطْرَةِ، أَلْتَبَسَ عَلَى أَهْلِ الصَّنْعَةِ؛ فَلَا قِصَاصَ خِيفَةً مِنْ أَخْذِ الزِّيَادَةِ بِالْأَصْلِيَّةِ، فَإِنْ بَادَرَ وَلَقَطَ
خَمْسًا، فَهُوَ تَمَامُ حَقِّهِ، وَلَا أَرْضَ لَهُ بَعْدَهُ، وَإِنْ اخْتَمِلَ أَنْ تَكُونَ الزَّائِدَةُ هِيَ الْمُسْتَوْفَاةُ، وَلَوْ قَسَمَتِ
الْقُوَّةُ الْمُدْبِرَةُ — بِإِذْنِ اللَّهِ تَعَالَى — أَصْبَعًا وَاحِدَةً بِأَرْبَعِ أَنْامِلٍ مُتَسَاوِيَةٍ، فَقَطَعَ صَاحِبُهَا أَنْثَمَلَةً مِنْ
مُعْتَدِلَةٍ، قَطَعْنَا وَاحِدَةً، وَطَالِبْنَا بِمَا بَيْنَ الرَّبْعِ وَالثَّلْثِ، وَإِنْ قَطَعَ ثِنْتَيْنِ، قَطَعْنَا ثِنْتَيْنِ، وَطَالِبْنَا بِمَا
بَيْنَ النِّصْفِ وَالثُّلُثَيْنِ، وَإِنْ قَطَعَ ثَلَاثَةً، قَطَعْنَا ثَلَاثَةً، وَطَالِبْنَا بِمَا بَيْنَ الْكُلِّ وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ، وَلَوْ قَطَعَ
الْأَنْثَمَلَةُ الْوُسْطَى مِمَّنْ لَا عَلَيَا لَهُ، وَجِبَ الْقِصَاصُ، وَتَعَدَّرَ الْأَسْتِيفَاءُ، فَإِنْ سَقَطَتْ عَلَيَا الْجَانِي بِأَفَةٍ أَوْ
جَنَائَةٍ، اسْتَوْفِيَتِ الْوُسْطَى، وَهَلْ يُطَالَبُ فِي الْحَالِ بِأَرْضٍ؟ يُبْنَى عَلَى أَنَّ الْمَجْنُونِ إِذَا ثَبَتَ لَهُ

(١) قال الرافعي: ولو كانت أظفار الجاني متفرعة أو محصورة أو مقلوعة قطع الصحيحة» هذا احتمال ذكره
الإمام في المقلوعة والمنقول عن النص، والذي أخذ به الأصحاب أن الصحيح أنه لا يقطع بمقلوعة
الأظفار. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يقلع سن البالغ بسن الصبي الذي لم يفغر، وكذا إن فسد منبت الصبي لكن على أحد
القولين؛ لأن سن الصبي فضلة في الأصل، وسن البالغ أصلي» لم أر حكاية القولين لغير صاحب الكتاب
وإنما الذي أطلقوه وجوب القصاص عند فساد المنبت وقال الإمام بعد نقل الوجوب عن الأصحاب وفي
القلب منه شيء، لأن السن من غير المنغور غير عضو قصاص فلا تتجه مقابلتها بغير القصاص. [ت]

الْقِصَاصُ، هَلْ يُطَالَبُ لَهُ بِأَرْشٍ؛ لِلْحَبْلُولَةِ؟ وَالنَّصُّ أَنَّهُ يُطَالَبُ، وَفِي الصَّبِيِّ لَا يُطَالَبُ، فَقِيلَ:
بِالتَّشْوِيَةِ بَيْنَهُمَا نَفْيًا وَإِثْبَاتًا؛ تَخْرِيجًا، وَفِي طَلَبِ الْأَرْشِ؛ لِأَجْلِ الْحَبْلُولَةِ بِعُذْرِ الْحَمْلِ خِلَافَ مُرْتَبِّ
عَلَى الصَّبِيِّ، وَأَوَّلَى بِالْأُطَالِبِ، لِأَنَّ أَمَدَ الْحَمْلِ قَرِيبٌ، فَتَوَقَّعُ سُقُوطُ الْعُلْيَا بِأَفْوَةٍ كَتَوَقُّعِ الْمَجْنُونِ
الْإِفَاقَةَ.

(فَرْعٌ): لَوْ قَدْ مَلُفُوفًا فِي ثَوْبٍ يَنْصَفَيْنِ، فَأَدَّعَى مَوْتَهُ، فَلَا أَصْلَ عَدَمِ الْقِصَاصِ مِنْ جَانِبِهِ،
وَأَسْتَمِرَّازِ الْحَيَاةِ مِنْ جَانِبِ الْمَلْفُوفِ، فَيَخْرُجُ التَّضْدِيقُ عَلَى تَقَابُلِ الْأَصْلَيْنِ، وَلَوْ أَدَّعَى نَقْصَانَ يَدِ
الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ بِأَضْبَعٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ فِي قَوْلٍ؛ إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الْقِصَاصِ. وَقَوْلُ الْمَجْنُونِ فِي قَوْلٍ، إِذِ
الْأَصْلُ السَّلَامَةُ.

وَفِي الثَّلَاثِ؛ يُفَرَّقُ بَيْنَ الْعُضْوِ الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ، فَيَصَدَّقُ الْمَجْنُونُ فِي الْعُضْوِ الْبَاطِنِ؛ لِعُسْرِ
الْبَيِّنَةِ، وَالْبَاطِنُ مَا يَجِبُ سِتْرُهُ شَرْعًا؛ عَلَى رَأْيٍ. وَمُرُوءَةٌ عَلَى رَأْيٍ.

وَفِي الرَّابِعِ؛ يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ نَفْيَ السَّلَامَةِ أَصْلًا، أَوْ زَوَالَهَا طَارِئًا، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ،
فَمَاتَ، فَقَالَ وَلِيِّ الدَّمِّ: مَاتَ بَعْدَ الْإِنْدِمَالِ، وَعَلَيْكَ دِيَّتَانِ، وَقَالَ الْجَانِي: بَلْ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ، فَإِنْ
كَانَ الظَّاهِرُ يُصَدَّقُ أَحَدُهُمَا، صُدِّقَ، وَإِلَّا فَهُوَ خَارِجٌ (و) عَلَى تَقَابُلِ الْأَصْلَيْنِ؛ إِذِ الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الدَّمِّ
مِنْ جَانِبٍ، وَعَدَمُ التَّدَاخُلِ مِنْ جَانِبٍ، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسُهُ مُوضِحَتَيْنِ، فَقَالَ الْجَانِي: رَفَعْتُ الْحَاجِزَ
قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ، وَعَلَيَّ أَرْشٌ وَاحِدٌ، وَقَالَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ: بَلْ بَعْدَهُ، وَعَلَيْكَ ثَلَاثَةُ أَرْوَشٍ، وَأَقْتَضَى
الْحَالُ تَخْلِيفَ الْمَجْنُونِ، فَحَلَفَ، ثَبَتَ الْأَرْشَانِ.

وَفِي الثَّلَاثِ وَجْهَانِ؛ وَجْهٌ قَوْلُنَا: لَا يَثْبُتُ؛ أَنَّ الْيَمِينَ إِنَّمَا يَصْلُحُ لِنَفْيِ التَّدَاخُلِ، لَا لِإِثْبَاتِ
مَالٍ عَلَى غَيْرِهِ.

(الفصل الثاني: في حُكْمِ الْقِصَاصِ^(١) الْوَاجِبِ، وَفِيهِ بَابَانِ):

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْإِسْتِيفَاءِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ):

(الْفُضْلُ الْأَوَّلُ: فِيمَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْإِسْتِيفَاءِ)، فَإِنْ كَانَ الْقَتِيلُ وَاحِداً، فَهُوَ لِكُلِّ الْوَرَثَةِ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَجْنُونٌ أَوْ صَغِيرٌ، أُنْتَظِرَ (ح م) تَكْلِيفُهُ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ، أُنْتَظِرَ حُضُورَهُ، فَإِنْ تَزَاحَمُوا، أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، فَلِغَيْرِهِ مَنَعُهُ مِنْ أَضَلِّ الْإِسْتِيفَاءِ، وَيَدْخُلُ فِي الْقُرْعَةِ الْمَرْأَةُ وَالْعَاجِزُ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(٢)؛ لَيْسَتْ تَيْبٌ، إِنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.

(١) اضطربت القوانين الوضعية في هذا القصاص، واختلفت أنظار المفكرين في جوازه أو عدمه، وأخذ كل يدافع عن فكرته، ويحاجج عن رأيه، حتى رمى بعض الغلاة الإسلام بالقسوة في تقرير هذه العقوبة، وقالوا: إنها غير صالحة لهذا الزمن، وقد نسوا أن الإسلام جاء في ذلك بما يصلح البشر على مر الزمن مهما بلغوا في الرقي، وتقدموا في الحضارة.

كانت هذه العقوبة موجودة قبل الإسلام، ولكن للاعتداء فيها يده المثمرة، وللإسراف فيها ضرره البالغ، فحد الإسلام من غلوها، وقصر من عدوانها، ومنع الإسراف فيها. فقال تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُوراً﴾ فلم يبح دم من لم يشترك في القتل قال تعالى: ﴿بِأَيِّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى﴾.

وقال عز من قائل: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ﴾... الآية ولكن أفسح المجال للفصل بين الناس، وترك للجَمَاعَةِ الرَاقِيَةِ مع ذلك أن ترى خيراً في العفو عن الجاني فقال: ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ﴾ على أن العقلاء الذين خبروا الحوادث، وعركوا الأمور، ودرسوا طبائع النفوس البشرية، ونزعاتها وغرائزها، فهداهم تفكيرهم الصحيح إلى صلاح هذه العقوبة، لإنتاج الغاية المقصودة، وهي إقرار الأمن وطمأنة النفوس، ودرء العدوان والبني، وإنقاذ كثيرين من الهلاك؛ قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾.

ولقد فهم أولوا الألباب هذه الحكمة البالغة، وقدروها حق قدرها، وها نحن أولاء نرى اليوم أن الأمم التي ألغت هذه العقوبة عادت إلى تقريرها لما رأتها في ذلك من المصلحة.

وأمكننا الآن أن نقول: إنه ليس هناك من خلاف كبير بين الإسلام والقوانين الوضعية في هذا الموضوع.

أما القصاص في غير القتل مما ورد في الآية الكريمة ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ فهو في غاية الحكمة والعدالة؛ إذ لو لم يكن الأمر كذلك لاعتدى القوي على الضعيف، وشوه خلقته، وفعل به ما أمكنته الفرصة لا يخشى من وراء ذلك ضرراً يناله، أو شراً يصيبه، ولو اقتصر الأمر على الديات كما هو الحال في القوانين الوضعية لكان سهلاً مع الباغي سيراً على الجاني، ولتنازل الإنسان عن شيء من ماله في سبيل تعجيز حذف، وتشويهه ما دامت القوة في يده، ولكنه لو عرف أن ما يناله بالسوء من أعضاء عدوه سيصيب أعضائه مثله كذلك، انكمش وارتدع وسلموا جميعاً من الشر.

(٢) قال الرافعي: «ويدخل في القرعة المرأة والعاجز على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

وَلَوْ بَادَرَ وَاحِدٌ، فَقَتَلَ، فَفِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ قَوْلَانِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْعَفْوِ مِنَ الْبَغْضِ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلُي بِالْوُجُوبِ، وَوَجْهُ الْإِسْقَاطِ شُبْهَةٌ خِلَافَ عِلْمَاءِ الْمَدِينَةِ فِي إِبْطَالِ الْأَسْتِندَادِ لِكُلِّ وَاحِدٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا قِصَاصَ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ، وَيُغْرَمُ نَصِيبُ الْبَاقِيْنَ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْمُسْتَوْفَى؛ بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ إِذَا قَتَلَ، وَأَمَّا إِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً، فَقِيلَ بِأَوَّلِهِمْ (ح م)، وَلِلْبَاقِيْنَ الدِّيَّاتُ، وَإِنْ قَتَلَهُمْ مَعًا، خُصَّصَ بِالْقِصَاصِ مَنْ خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لَهُ، وَهَلْ يُكْتَفَى بِالْعَبْدِ فِي مُقَابَلَةِ الْجَمَاعَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْآخَرِينَ يَضِيعُ فِي التَّخْصِصِ، فَإِنْ تَمَالَأَ أَوْلِيَاءُ الْقَتْلَى، وَزُغَّ عَلَيْهِمْ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حِصَّةً مِنَ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: يُكْفَى عَنْ جَمِيعِهِمْ.

وَقِيلَ: يُخَصَّصُ بِالْقُرْعَةِ.

فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَجْنُونٌ أَوْ غَائِبٌ، فَفِي تَسْلِيْطِ الْحَاضِرِ وَالْعَاقِلِ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ خِلَافٌ، وَلَوْ اجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ النَّفْسِ وَالطَّرَفِ، قُدِّمَ مُسْتَحِقُّ الطَّرَفِ، وَلَوْ اجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ الْيَمِينِ، وَمُسْتَحِقُّ الْأَصْبُعِ مِنَ الْيَمِينِ، أُفْرِغَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ لَا يَنْبَغِي لِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ يَسْتَقِلَّ دُونَ الرَّفْعِ إِلَى السُّلْطَانِ، فَإِنْ فَعَلَ، عُزِّرَ وَوَقَعَ الْمَوْقِعُ، وَلِلْسُلْطَانِ أَنْ يَفُوضَ إِلَيْهِ الْقَتْلَ دُونَ الْجَلْدِ فِي الْقَذْفِ، فَإِنَّهُ مُتَّفَاوِتٌ، وَيَتَّهَمُ فِيهِ، وَفِي الْقَطْعِ تَرَدُّدٌ، لِأَنَّهُ قَدْ يَرُدُّ الْحَدِيدَةَ، وَمَهْمَا أَذِنَ الْوَلِيُّ فِي ضَرْبِ الرَّقَبَةِ، فَأَصَابَ غَيْرَهُ عَمْدًا، عُزِّرَ وَلَمْ يُعْزَلْ، وَإِنْ أَخْطَأَ، أُمِرَ بِالْإِسْتِنَابَةِ لِعَجْزِهِ، وَلَوْ قَتَلَهُ بِسَيْفٍ مَسْمُومٍ يُفْتَتُّ قَبْلَ الدَّفْنِ، لَمْ يُمْكَنْ، وَإِنْ كَانَ يُفْتَتُّ بَعْدَ الدَّفْنِ، فَوَجْهَانِ، وَأَجْرُهُ الْجَلَادُ عَلَى الْمَقْطُوعِ، وَفِي الْحَدِّ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ نَصٌّ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالْقَتْلِ وَالتَّخْرِيجِ؛ مَشْهُوهُمَا أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الْعَهْدَةِ بِالتَّمَكُّينِ أَوْ التَّمْيِيزِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي أَنَّ الْقِصَاصَ عَلَى الْقَوْرِ)، فَلَا يُؤَخَّرُ (ح) بِاللِّيَازِ إِلَى الْحَرَمِ، بَلْ يُقْتَلُ فِيهِ، وَيُخْرَجُ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، فَيُقْتَلُ.

وَقِيلَ: يُقْتَلُ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، وَيُسَبَّطُ الْأَنْطَاعُ تَعْجِيلًا، وَلَوْ قُطِعَ طَرَفُهُ، فَمَاتَ، فَلِلْوَلِيِّ قَطْعُ طَرَفِهِ وَحَرْزُ رَقَبَتِهِ عَقِيبَةً، إِنْ شَاءَ، وَلَهُ التَّأْخِيرُ.

وَلَا يُؤَخَّرُ قِصَاصُ الطَّرَفِ لِحَرْزِ مُفْرِطٍ، وَلَا لِمَرَضِ الْجَانِي، وَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْمَوَالَةِ فِي قَطْعِ الْأَطْرَافِ قِصَاصًا، وَإِنْ كَانَ قَدْ قُطِعَ أَطْرَافُهُ بِالْجِنَايَةِ مُتَّفَرِّقًا، وَلَا يُؤَخَّرُ إِلَّا بِعَذْرِ الْحَمْلِ عِنْدَ ظَهْوَرِ مَخَالِيلِهِ، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ دَعْوَاهَا؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ^(١)، ثُمَّ يُؤَخَّرُ إِلَى الْوَضْعِ، فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ سِوَاهَا مُرْضِعَةً، فَيَأْتِي أَنْ يُوْجَدْ.

وَفِي الْحَدِّ يُؤَخَّرُ بَعْدَ الْفِطَامِ إِلَى أَنْ يَكْفُلَهُ غَيْرُهَا، وَلَا يُخْبَسُ فِي الْحَدِّ، وَلَا يُتَّبَعُ الْهَارِبُ، وَيُخْبَسُ فِي الْقِصَاصِ الْحَامِلُ.

(١) قال الرافي: «ولا يكفي مجرد دعواها على أصح الوجهين» الأصح عند الأكثرين خلافه. [ت]

وَلَوْ بَادَرَ الْوَلِيُّ، فَقَتَلَ الْحَامِلَ، فَعَرَّهُ الْجَنِينُ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ إِذَا لَا يَتَيَقَّنُ حَيَاةَ الْجَنِينِ، فَهُوَ شَبَهُ عَمْدٍ.
وَلَوْ قَتَلَهَا بِتَسْلِيطِ الْإِمَامِ، فَيَحَالُ بِالْعَرَّةِ عَلَى الْإِمَامِ؛ فِي وَجْهِهِ؛ لِتَقْصِيرِهِ فِي التَّسْلِيطِ، أَوْ تَرَكَ
الْبَحْثَ.

وَعَلَى الْوَلِيِّ فِي وَجْهِهِ؛ لِمُبَاشَرَتِهِ.

وَعَلَيْهِمَا بِالشَّرِكَةِ فِي وَجْهِهِ.

وَفِي وَجْهِهِ رَابِعٌ يُحَالُ عَلَى الْإِمَامِ، إِنْ كَانَ عَالِمًا، فَإِنْ كَانَ جَاهِلًا، فَلَا.

أَمَّا الْجَلَادُ، فَلَا عُهْدَةَ عَلَيْهِ عِنْدَ جَهْلِهِ بِحَالٍ.

(الفصل الثالث: فِي كَيْفِيَّةِ الْمُمَاتِلَةِ) وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ (ح)، فَمَنْ قَتَلَ بِالْقَطْعِ، أَوْ بِالْإِخْرَاقِ، أَوْ
بِالتَّغْرِيقِ، أَوْ بِالتَّخْيِيقِ، قَتَلَ بِمِثْلِهِ، إِلَّا إِذَا قَتَلَ بِاللُّوَاطِ وَإِيجَارِ الْخُمْرِ، فَيُقْتَلُ بِالسِّيفِ مِنْ غَيْرِ
إِيجَارٍ.

وَقِيلَ: يُوجَرُ خَلًّا، وَيُدَسُّ خَشَبَةً، وَمَهُمَا عَدَلَ الْمُسْتَحِقُّ إِلَى السِّيفِ مِنْ غَيْرِهِ، مُكَّنَ؛ لِأَنَّهُ
أَسْهَلُ، فَلَوْ جَوَّعَ الْجَانِي، أَوْ أَلْقَاهُ فِي النَّارِ بِمِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ، أَوْ ضَرَبَهُ بِالسَّيَاطِ بِمِثْلِ تِلْكَ الضَّرَبَاتِ،
فَلَمْ يَمُتْ، فَبَرِيدٌ فِي الضَّرْبِ وَالتَّجْوِيعِ، أَمْ يَعْدِلُ إِلَى السِّيفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ لَمْ يَمُتِ الْجَانِي
بِقَطْعِ مِثْلِ الْأَطْرَافِ الْمَقْطُوعِ جَنَائِيَّةً، فَلَا يُقَطَّعُ طَرَفٌ آخَرُ، وَلَوْ لَمْ يَمُتْ بِمِثْلِ تِلْكَ الْجَوَائِفِ، فَهَلْ
يُؤَالِي بِالْجَوَائِفِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلَوْ قَطَعَ يَدُهُ مِنَ الْكُوعِ، وَآخَرُ مِنَ الْمِرْقَى، فَمَاتَ، فَهَلْ يُقْتَلُ قَاطِعُ
الْمِرْقَى بِقَطْعِ مِرْفَقِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَوَجْهُ الْمَنْعِ؛ أَنَّهُ قَطَعَ سَاعِدًا بِلَا كَفٍّ؛ فَلَا يُقَطَّعُ سَاعِدًا مَعَ
الْكَفِّ، فَإِذَا مَاتَ الْجَانِي بِسَرَايَةِ الْقَطْعِ أَوَّلًا، ثُمَّ مَاتَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ، فَفِي وَقُوعِهِ قِصَاصًا وَجْهَانِ،
وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْقِصَاصَ فِي الْيَمِينِ، وَأَخْرَجَ الْجَانِي يَسَارَهُ، فَقَطَعَهُ، فَأَمَّا الْقِصَاصُ فِي الْيَسَارِ، فَيَسْقُطُ
(و)، إِنْ قَصَدَ بِإِخْرَاجِهِ الْإِبَاحَةَ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَعَ الْقَصْدِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ سَاكِتٍ، فَهَلْ يَكُونُ سُكُوتُهُ
إِهْدَارًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا حَقُّ الْقَاطِعِ فِي الْيَمِينِ، لَا يَسْقُطُ إِلَّا إِذَا قَالَ: قَصَدْتُ بِقَطْعِ الْيَسَارِ؛ أَنْ
أَخَذَهُ عَوَضًا عَنِ الْيَمِينِ، فَفِي سُقُوطِهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ بَنِيَ عَلَى ظَنٍّ خَطِئًا، فَإِنْ أَسْقَطْنَا، بَقِيَ لَهُ الدَّيَّةُ،
وَلَوْ قَالَ الْمُخْرَجُ: قَصَدْتُ بِإِخْرَاجِ الْيَسَارِ إِبْقَاعَهُ عَنِ الْيَمِينِ، فَقَالَ الْقَاطِعُ: ظَنَنْتُ بِالْإِخْرَاجِ إِبَاحَةَ،
فَلَا قِصَاصَ فِي الْيَسَارِ؛ لِتَأْكِيدِ الظَّنِّ بِالْإِخْرَاجِ؛ وَكَذَلِكَ فِي كُلِّ حَالَةٍ؛ لِأَنَّ بَذْلَهُ عَوَضًا عَنِ الْيَمِينِ،
تَسْلِيطٌ وَأَمَّا حَقُّهُ عَنِ الْيَمِينِ لَا يَسْقُطُ إِلَّا إِذَا قَالَ: أَخَذْتُهُ عَوَضًا عَنِ الْيَمِينِ، فَيَكُونُ تَطَائُلُ الْقَصْدَيْنِ
مُعَاوَضَةً فَاسِدَةً، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّ الْمُخْرَجَ يَمِينٌ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: ظَنَنْتُهُ قَاتِلَ أَبِي، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُهُ
يُجْزَى عَنِ الْيَمِينِ، فَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، لِأَنَّهُ أَنْصَمَ إِلَيْهِ قَرِينَةُ الْإِخْرَاجِ، وَإِنْ جَرَى
ذَلِكَ فِي السَّرِقَةِ، وَفُرِضَ دَهْشَتُهُ، أَوْ ظُنٌّ، وَقَعَ عَنْ جِهَةِ الْحَدِّ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ.

(البَابُ الثَّانِي: الْعَفْوُ)

وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْنِ:

(الأوَّلُ: فِي حُكْمِ الْعَفْوِ)، وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ مُرْجَبَ الْعَمْدِ الْقَوْدُ الْمَخْضُ، وَالِدِّيَّةُ خَلْفَتْ عِنْدَ سُقُوطِهِ، أَوْ هُوَ الْقَوْدُ أَوْ الدِّيَّةُ أَحَدُهُمَا لَا يَمْنِيهِ وَفِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُهُمَا، فَلَوْ عَفِيَ عَنْهُمَا صَحَّ، وَإِنْ عَفِيَ عَنِ الدِّيَّةِ، فَلَهُ الْقِصَاصُ، وَهَلْ لَهُ مَرْجِعٌ إِلَى الدِّيَّةِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ.

وَجْهٌ الرُّجُوعُ؛ أَنَّهُ يَبْعُدُ بَقَاءُ قِصَاصٍ مَخْضٍ بِلا دِيَّةٍ يُزْعَبُ بِهَا فِي الْعَفْوِ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّ تَأْيِيرَ الْعَفْوِ يُلْحِقُ تَفْرِيعَ هَذَا الْقَوْلِ (و) بِالْقَوْلِ الْآخَرِ.

فَإِنْ قُلْنَا: لَا مَرْجِعَ إِلَى الْمَالِ، فَفِي جَوَازِ التَّرَاضِي فَوْجَهَانِ، فَإِنْ جَرَى مَعَ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، فَوْجَهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْمَنْعِ، وَهُوَ جَارٍ فِي كُلِّ قِصَاصٍ يَثْبُتُ بِلا دِيَّةٍ، وَلَوْ قَالَ: عَفَوْتُ عَنْكَ؛ نَزَلَ عَلَى الْقِصَاصِ؛ فِي وَجْهِ، وَرُجِعَ إِلَى يَتِيهِ؛ فِي وَجْهِ، وَلَوْ قَالَ: أَخْتَرْتُ الدِّيَّةَ، يَسْقُطُ الْقِصَاصُ، وَلَوْ قَالَ: أَخْتَرْتُ الْقَوْدَ، لَمْ يَسْقُطِ الدِّيَّةُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)؛ لِأَنَّهُ تَهْدِيدٌ وَوَعْدٌ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوْدُ الْمَخْضُ، فَلَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ، ثَبَتَ الْمَالُ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْأَقْتِصَاصِ، ثَبَتَ الْمَالُ، وَإِنْ عَفَا مُطْلَقًا، فَقَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَ مُفْلِسًا، فَلَهُ الْعَفْوُ عَنِ الْقِصَاصِ، وَلَهُ الْعَفْوُ عَنِ الدِّيَّةِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ دَفْعٌ لِلْجُوبِ، لَا إسْقَاطٌ لِلْوَاجِبِ، أَوْ سَبَبٌ لِلْجُوبِ عَفْوٌ مُطْلَقٌ، وَلَمْ يَجِرْ، وَالْمُبْدَرُ كَالْبَالِغِ فِي أَسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ وَعَفْوِهِ، وَفِي إسْقَاطِهِ الدِّيَّةِ مَعَ الْقِصَاصِ كَالصَّغِيرِ. وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْمُفْلِسِ.

وَلَوْ صَالَحَ عَلَى مِائَتَيْنِ مِنَ الْإِبِلِ، بَطَلَ؛ عَلَى قَوْلِنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُهُمَا.

وَعَلَى قَوْلِ الْآخَرِ وَجْهَانِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي الْعَفْوِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ)، وَأَخْوَالُ الْعَفْوِ خَمْسَةٌ:

(الأوَّلَى): إِذَا أَدِنَ فِي الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ، فَلَا دِيَّةَ.

وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يَجِبُ الدِّيَّةُ، إِذَا قُلْنَا: يَثْبُتُ الدِّيَّةُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً لَا تَلَقِيًا.

وَفِي سُقُوطِ الْكَفَّارَةِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِاللُّزُومِ.

(الثَّانِيَّةُ): الْعَفْوُ بَعْدَ الْقَطْعِ وَقَبْلَ السَّرَايَةِ صَحِيحٌ عَمَّا مَضَى، وَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنِ السَّرَايَةِ فِي

الْمُسْتَقْبَلِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)؛ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنْ مَعْفُو عَنْهُ، وَلَا يَسْقُطُ الدِّيَّةُ عَنِ السَّرَايَةِ؛ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنْ مَضْمُونٍ، وَلَمْ يُعَفَ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَسْقُطُ كَالِإِذْنِ الْمُقَارِنِ.

وَلَوْ قَالَ: عَفَوْتُ عَمَّا سَيَجِبُ، فَهُوَ عَفْوٌ قَبْلَ الْجُوبِ وَبَعْدَ سَبَبِهِ، فَفِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ سَرَى إِلَى

النَّفْسِ، فَعَفْوُهُ وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ، فَلَا يَصِحُّ إِنْ لَمْ يَصَحَّحِ الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ، فَإِنْ كَانَ الْجَانِي عَبْدًا، صَحَّ

العَفْوُ؛ لَأَنَّ فَائِدَتَهُ لِلسَّيِّدِ لَا لِلْقَاتِلِ، وَإِنْ كَانَ مُخْطِئاً، صَحَّ؛ لِأَنَّهُ لِلْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَتْ الْعَاقِلَةُ مُنْكَرَةً أَوْ مُخَالَفَةً فِي الدِّينِ، فَلَا؛ لِأَنَّهُ عَفْوٌ عَنِ الْقَاتِلِ (و)، وَلَوْ عَفَا عَنِ الطَّرَفِ عَلَى مَالٍ، ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ؛ عَلَى أَضْعَافِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْحَزَّ لَهُ حُكْمُ السَّرَايَةِ فِي اتِّحَادِ الدِّيَةِ، وَلَوْ سَرَى الْقَطْعُ، لَمَّا وَجَبَ.

(الثَّالِثَةُ): عَفْوُ الْوَارِثِ صَحِيحٌ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ الطَّرَفَ وَالنَّفْسَ، فَعَفْوُهُ عَنْ أَحَدِهِمَا لَا يُسْقِطُ (و) الْآخَرَ، وَلَوْ قَطَعَ طَرَفُهُ، فَمَاتَ، فَالْوَلِيُّ يَسْتَحِقُّ قَطْعَ طَرَفِهِ، وَحَزَّ رَقَبَتِهِ، فَإِنْ عَفَا عَنِ الطَّرَفِ، فَفِي سُقُوطِ حَزِّ الرَّقَبَةِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعَةُ): الْعَفْوُ بَعْدَ الْمُبَاشَرَةِ سَبَبُ الْأَسْتِيفَاءِ؛ كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدٌ مِنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ، فَإِنْ أُنْذِمَ، صَحَّ الْعَفْوُ، وَلَمْ يَضْمَنْ الطَّرَفُ، وَإِنْ سَرَى، بَانَ أَنَّ الْعَفْوَ بَاطِلٌ، وَكَذَا إِذَا عَفَا بَعْدَ الرُّمِيِّ وَقَبْلَ الْإِصَابَةِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا عَفَا الْمُوَكَّلُ، فَحَزَّ الْوَكِيلُ الرَّقَبَةَ غَافِلاً، فَلَا قِصَاصَ (و)، وَفِي الدِّيَةِ وَالْكَفَّارَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ؛ تَجِبُ الْكَفَّارَةُ فِي الثَّالِثِ دُونَ الدِّيَةِ، فَإِنْ أَوْجِبْنَا، فَعَلَى الْوَكِيلِ أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَمَنْ التَزَمَهُ، فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى الْعَافِي رُجُوعَ الْمَغْرُورِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالظَّاهِرُ؛ أَنَّ لِلْعَافِي الرُّجُوعَ إِلَى دِيَةِ قَتِيلِهِ.

وَقِيلَ: إِنْ أَهْدَرْنَا دَمَ الْمَغْفُورِ عَنْهُ، وَكَانَ الْعَفْوُ لَمْ يُفِذْ، فَلَا دِيَةَ.

كِتَابُ الدِّيَّاتِ (١)

(وَالنَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

الْأَوَّلُ: فِي الْوَاجِبِ، وَفِيهِ بَابَانِ:

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي النَّفْسِ)

وَدِيَّةُ النَّفْسِ الْكَامِلَةِ عِنْدَ الْخَطَا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ مُخَمَّسَةً، عَشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَعَشْرُونَ بِنْتِ لَبُونٍ، وَعَشْرُونَ ابْنِ لَبُونٍ، وَعَشْرُونَ حَقَّةً، وَعَشْرُونَ جَذَعَةً، ثُمَّ تَغْتَرِيهِ أَرْبَعُ مُغَلَّطَاتٍ، وَهِيَ الْوُقُوعُ فِي حَرَمٍ مَكَّةَ، أَمَّا حَرَمُ الْمَدِينَةِ، فَفِيهِ خِلَافٌ، أَوْ الْوُقُوعُ فِي الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ، وَهِيَ ذُو الْقَعْدَةِ وَذُو الْحِجَّةِ وَالْمَحَرَّمِ وَرَجَبٍ، وَمُضَادَّتُهُ ذَا رَجِمٍ مَحْرَمٍ، أَوْ كَوْنُهُ عَمْدًا أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ، وَلَوْ رَمَى مِنَ الْحَرَمِ إِلَى الْجِلِّ، أَوْ مِنَ الْجِلِّ إِلَى الْحَرَمِ، تُغَلَّظُ، وَلَوْ قُتِلَ مُسْلِمًا فِي دَارِ الْحَزْبِ عَلَى زِيِّ الْكُفَّارِ، وَلَمْ يَغْلَمْ إِسْلَامَهُ، فَيَجِبُ فِيهِ الدِّيَّةُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَلَكِنْ دِيَّةُ الْعَمْدِ، أَوْ دِيَّةُ شِبْهِ الْعَمْدِ، أَوْ دِيَّةُ الْخَطَا الْمَحْضِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَجْهِ.

وَكَذًا إِذَا رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ، فَأَسْلَمَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ، وَيَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ قَتْلِ عَمْدٍ مَحْضٍ،

(١) الدِّيَّةُ: مصدر ودَى القاتل المَقْتُولَ إذا أعطى وَلِيَّه المال الذي هو بَدَلُ النفس ثم قيل لذلك المال: الدِّيَّةُ تسمية بالمصدر. ولذا جُمِعَتْ، وهي مثل «عِدَّة» في حذف الفاء قيل والتاء في آخرها عوض عن الواو في أولها.

ينظر المغرب ٣٤٧/٢ الصحاح ٢٥٢١/٦ ولسان العرب ٣٨٣/١٥ والقاموس المحيط ٤٠١/٤ وما بعدها والمصباح المنير ١٠١٣/٢.

عرفها بعض الشافعية: بأنها المَالُ الواجب بالجناية على الحر في النفس، أو فيما دونها. وعرفها بعض الأحناف: بأنها اسم لِضَمَانٍ يجب بمقابلة الأدمي، أو طرف منه.

وقيل: الدِّيَّةُ اسمٌ للمال الذي هو بَدَلُ النفس، والأزْشُ اسمٌ للواجب فيما دون النفس.

وعرفها الإمام ابن عرفة من المالكية فقال: الدية مال يجب بقتل آدمي حُرٌّ عن دمه، أو بجرحه، مقدّر شرعاً لا باجتهاد.

ينظر: درر الحكام ٢٧٠/١٠، ومغنى المحتاج ٥٣/٤، والمغنى ٣٦٧/٨، والكافي ١١٠٨/٢، والإشراف ٢٠٠/٢، تكملة فتح القدير ٢٧٠/١٠.

والأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ وأما السنة: فما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم؛ أن النبي كتب لعمر بن حزم كتاباً فيه الفرائض والسُّنَنُ والديات، وقال فيه: «وفي النفس المؤمنة مائة من الإبل» رواه النسائي في «سننه»، ومالك في «موطئه» قال ابن عبد البر: وهو كتاب مشهور عند أهل السُّنَنِ، معروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد؛ لأنه أشبه المتواتر بمجيئه في أحاديث كثيرة وقد أجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة.

صَدَرَ عَنْ ظَنِّي فِي حَالِ الْفَتِيلِ، وَالِدِيَّةُ يَتَغَلَّظُ فِي الْعَمْدِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ: التَّخْصِصُ بِالْجَانِي، وَالتَّعْجِيلُ وَالتَّثْلِيثُ (ح م)، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثُونَ حَقَّةً، وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَزْبَعُونَ خَلْفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا، وَفِي الْخَطِّ تَخَفُّفٌ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ؛ إِذْ تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ مُخَمَّسَةً، وَفِي شِبْهِ الْعَمْدِ تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ (و) مُؤَجَّلَةٌ مِثْلَةً، وَلَا يُؤْخَذُ مَعِيْبٌ، وَالْخَلْفَةُ تُعْرَفُ بِقَوْلِ أَهْلِ الْبَصِيرَةِ، فَإِنْ أَخْطَنُوا، اسْتَذَرَكُوا، وَأَمَّا الصَّنْفُ، فَيُرَاعَى إِبِلُ الْبَلَدِ، أَوْ أَقْرَبُ الْبُلْدَانِ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ إِبِلُ مَنْ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ يَخَالِفُ إِبِلَ أَهْلِ الْبَلَدِ، فَفِي تَغْيِينِهَا وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَيَّنُ، فَإِنْ كَانَتْ مَعِيْبَةً، فَهِيَ كَالْمَغْدُومَةِ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ فِي الْقَطْرِ، رَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الْإِبِلِ، وَفِي الْقَدِيمِ يُرْجَعُ إِلَى أَلْفِ دِينَارٍ، أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَإِذَا تَكَرَّرَ سَبَابُ التَّغْلِيظِ، لَمْ يَتَكَرَّرِ التَّغْلِيظُ.

وَأَمَّا الْمُتَقَصَّاتُ لِلدِّيَّةِ عَمَّا ذَكَرْنَاهُ فَأَرْبَعَةٌ:

الْأَوَّلُ: الْأَنْوَةُ؛ فَإِنَّهَا تَرُدُّ إِلَى الشَّطْرِ، وَالْأَجْتِنَانُ؛ فَإِنَّهُ يَرُدُّ إِلَى غُرَّةِ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ، وَالرَّقْبُ؛ فَإِنَّهُ يَرُدُّ إِلَى الْقِيَمَةِ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى دِيَةِ الْحُرِّ، وَالْكَفْرِ؛ فَإِنَّ دِيَةَ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ثُلُثُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ، وَدِيَةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِيَّةٌ دِرْهَمٍ، وَالْمُعَاهِدُ كَالذَّمِّيِّ، وَأَمَّا عَبْدُهُ الْأَوْثَانِ وَالزَّنَادِقَةُ وَالْمُرْتَدُّونَ، فَلَا عِصْمَةَ لَهُمْ، فَلَوْ دَخَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِأَمَانٍ، كَفَفْنَا عَنْ قَتْلِهِ، فَإِنْ قُتِلَ، وَجِبَ أَخْسُ الدِّيَاتِ فِي الْوُثْنِيِّ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ فِي الْمُرْتَدِّ، وَفِي الزَّنْدِيقِ تَرَدُّدٌ (و)، وَأَمَّا الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغْهُمْ دَعْوَتُنَا، فَقَدْ قِيلَ: يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِقَتْلِهِ.

وَقِيلَ: لَا قِصَاصَ وَيَجِبُ دِيَةُ الْمُسْلِمِ، وَقِيلَ: يَجِبُ دِيَةُ ذَلِكَ الدِّينِ.

وَأَمَّا الْمُسْلِمُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، إِذَا لَمْ يُهَاجِرْ، فَهُوَ كَالْمُسْلِمِ الْمُهَاجِرِ فِي الْعِصْمَةِ، وَالصَّابِغُونَ مِنَ النَّصَارَى، وَالسَّامِرَةُ مِنَ الْيَهُودِ، فَإِنْ كَانُوا مُعْطَلَةً فِي دِينِهِمْ، فَلَا دِيَةَ لَهُمْ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِيمَا دُونَ النَّفْسِ)

وَهَذِهِ الْجِنَايَةُ: إِمَّا جُرْحٌ، أَوْ إِبَانَةٌ، أَوْ إِنْطَالٌ مَنْفَعَةٌ:

(النَّوْعُ الْأَوَّلُ: الْجُرْحُ)، وَفِي جَمِيعِهِ الْحُكُومَةُ إِلَّا فِي الْمَوْضِخَةِ، فَفِيهَا خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، فَإِنْ صَارَتْ هَاشِمَةً، فَعَشْرٌ (م و)، وَإِنْ صَارَتْ مُنْقَلَةً، فَخَمْسٌ عَشْرَةً، وَإِنْ صَارَتْ مَأْمُومَةً، فَثُلُثُ الدِّيَةِ، وَكَذَا الثُّلُثُ فِي كُلِّ جَانِفَةٍ، وَالْجَوْفُ مَا فِيهِ قُوَّةٌ مُجْبِلَةٌ؛ كَالْبَطْنِ وَالْذَّمَاغِ وَالْمِثَانَةِ وَدَاخِلِ الشَّرْجِ^(١)، وَأَمَّا بَاطِنُ الْإِخْلِيلِ وَالْفَمِ، وَدَاخِلُ الْأَجْفَانِ، فَفِيهَا وَجْهَانِ، وَهَذِهِ الْمُقَدَّرَاتُ تَخْتَصُّ بِعَظَمِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ، سِوَى الْجَانِفَةِ؛ فَإِنَّهَا تَقْدَرُ عَلَى سَائِرِ الْبَدَنِ، وَأَمَّا الْمُنْقَلَةُ وَالْهَاشِمَةُ فِي سَائِرِ الْبَدَنِ، فَفِيهَا الْحُكُومَةُ^١، وَنَعْنِي بِخَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ فِي الْمَوْضِخَةِ نِصْفَ عَشْرِ الدِّيَةِ، فَيَجِبُ بِمِثْلِ نِسْبَتِهِ فِي الذَّمِّيِّ

(١) الشرح: بفتحتين عرى العيبة والجمع (أشراج) مثل سبب وأسباب (والشَّرج) مثل فلس ما بين الدبر والانشين.

ينظر المصباح المنير ص (٣٠٨)

وَالْمَرَأَةُ، وَمَهْمَا أَلْحَدَتِ الْمُوضِحَةُ، فَأَرِشَ وَاحِدٌ، وَلَوْ اسْتَوْعَبَ الرَّأْسُ، وَتَعَدَّدُهَا إِمَّا بِاخْتِلَافِ الصُّورَةِ، أَوِ الْمَحَلِّ، أَوِ الْحُكْمِ، أَوِ الْفَاعِلِ.

(أَمَّا الصُّورَةُ): فَمُوضِحَتَانِ فِي مَوْضِعَيْنِ، فِيهِمَا أَرِشَانِ، فَإِنْ رَفَعَ الْجَانِبِي الْحَاجِزَ، تَدَاخَلَ الْكُلُّ إِلَى وَاحِدٍ، وَإِنْ رَفَعَ غَيْرَهُ، لَمْ يَتَدَاخَلَ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ بَيْنَ الْمُوضِحَتَيْنِ حَاجِزٌ سِوَى الْجِلْدِ أَوِ اللَّحْمِ، أَلْحَدَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَتَعَدَّدَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَتَّحِدُ بِبَقَاءِ اللَّحْمِ دُونَ الْجِلْدِ؛ عَلَى وَجْهِهِ. وَتَعَدَّدُ الْمَحَلِّ؛ بِأَنْ يُخْرِجَ الْمُوضِحَةُ الْوَاحِدَةَ مِنَ الرَّأْسِ إِلَى الْجَنْبَةِ، وَفِي تَعَدُّدِ الْأَرِشِ وَجْهَانِ.

(وَتَعَدَّدُ الْفَاعِلُ)؛ بِأَنْ يُوسِّعَ إِنْسَانٌ مُوضِحَةَ غَيْرِهِ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَرِشٌ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُوسِّعُ، لَمْ يَزِدْ إِلَى الْأَرِشِ (و).

(وَتَعَدَّدُ الْحُكْمُ)؛ بِأَنْ يَكُونَ بَعْضُ الْمُوضِحَةِ عَمْدًا وَبَعْضُهَا خَطًّا، أَوْ بَعْضُهَا قِصَاصًا، وَبَعْضُهَا عُدْوَانًا، وَفِي تَزْوِيلِهِ مَثَرَةٌ تَعَدَّدُ الصُّورَةَ وَجْهَانِ. (وَأَمَّا الْمُتَلَاحِمَةُ)، فَوَاجِبُهَا حُكُومَةٌ.

وَقِيلَ: يَتَقَدَّرُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُوضِحَةِ، وَتَعَدَّدُ الْجَائِفَةُ وَالتَّحَادُّهَا بِأَرْتِفَاعِ الْحَاجِزِ؛ كَتَعَدُّدِ الْمُوضِحَةِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ بِمَشْقَصٍ فِي بَطْنِهِ، فَجَائِفَتَانِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ أَرِشَانِ، وَإِنْ نَقَذَ سِنَانًا؛ وَاحِدٌ مِنَ الْبَطْنِ إِلَى الظَّهْرِ، فَهُوَ أَيْضًا جَائِفَتَانِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالتَّحَامُ الْمُوضِحَةُ وَالْجَائِفَةُ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الْأَرِشِ؛ بِخِلَافِ عَوْدِ السِّنِّ.

(فَإِنْ قِيلَ:) مَا مَعْنَى الْحُكُومَةِ؟

(قُلْنَا): أَنْ يُقَدَّرَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَبْدًا، فَيُقَالُ: قِيمَتُهُ دُونَ الْجِنَايَةِ عَشْرَةٌ، وَمَعَ الْجِنَايَةِ تِسْعَةٌ، فَالْتَّفَاوُتُ عَشْرٌ، فَيَجِبُ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ الدِّيَةِ؛ بِشَرْطِ أَلَّا يَزِيدَ عَلَى مِقْدَارِ الطَّرْفِ الْمَجْرُوحِ، فَلَا يَزَادُ حُكُومَةُ جِرَاحَةِ الْأَصْبُعِ عَلَى دِيَةِ الْأَصْبُعِ، وَلَا حُكُومَةُ الْكَفِّ وَالسَّاعِدِ وَعَظْمِ الْعَصْدِ عَلَى دِيَةِ الْأَصَابِعِ الْخَمْسِ، وَلَا بَأْسَ بِزِيَادَةِ حُكُومَةِ كَفِّ عَلَى دِيَةِ أَصْبُعٍ وَاحِدٍ، وَالْيَدُ الشَّلَاءُ يَزَادُ حُكُومَتُهَا عَلَى أَصْبُعٍ، وَيُنْقَصُ عَنِ الْيَدِ الصَّحِيحَةِ، وَهَذِهِ الْحُكُومَةُ يُقَدَّرُ بَعْدَ ائْتِمَالِ الْجُرْحِ، فَلَوْ لَمْ يَبْقَ شَيْئٌ وَنُقْصَانٌ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا التَّعْزِيرُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: يُقَدَّرُ الْجِرَاحَةُ دَائِمَةً؛ حَتَّى يَظْهَرَ تَفَاوُتُهُ، وَلَوْ قُطِعَ أَصْبُعًا زَائِدَةً، أَوْ سِنًا شَاغِيَةً^(١)، أَوْ أَفْسَدَ الْمَنْبِتَ مِنْ لَحْيَةِ امْرَأَةٍ، وَزَادَتْ الْقِيَمَةُ، فَالْقِيَاسُ التَّعْزِيرُ فَقَطْ وَقِيلَ: يُقَدَّرُ ذَلِكَ لَحْيَةَ عَبْدٍ، وَيَظْهَرُ بِهِ تَفَاوُتٌ، وَلَوْ بَقِيَ حَوَالِي جُرْحِ شَيْئٍ، وَكَانَ أَرِشُ الْجُرْحِ مُقَدَّرًا، فَالْشَّيْئُ تَابِعٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقَدَّرًا، فَفِي أَتْبَاعِهِ وَجْهَانِ يُضَاهِي التَّرَدُّدَ؛ فِي أَنَّ الْكَفَّ هَلْ يَنْدَرِجُ تَحْتَ أَصْبُعِ الْأَشْلُ؛ لِأَنَّهُ إِذْ رَاجَ حُكُومَةً تَحْتَ حُكُومَةٍ.

(١) شَاغِيَةٌ: يُقَالُ: شَغَيْتَ السِّنَّ شَغْيًا مِنْ بَابِ تَعَبٍ، زَادَتْ عَلَى الْأَسْنَانِ وَخَالَفَ مِنْبَتَهَا مِنْبِتَ غَيْرِهَا.

يَنْظُرُ الْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ ص (٣١٦)

(التَّرْعُ الثَّانِي: الْقَطْعُ الْمُبِينُ لِلْأَعْضَاءِ)، وَالْمُقَدَّرُ مِنَ الْأَعْضَاءِ سِتَّةَ عَشَرَ عُضْوًا.

(الْأَوَّلُ: الْأُذُنَانِ)، وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَصَمِّ، فَفِيهِ مَنْفَعَةٌ جَمِيعِ الصُّوْتِ وَمَنْعٌ دَيْسِبِ الْهَوَامِّ، وَالدِّيَةُ فِي مُقَابَلَةِ أَيِّ الْمَنْفَعَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ. وَقِيلَ: إِنَّ الْأُذُنَ لَيْسَ فِيهِ أَصْلًا إِلَّا الْحُكُومَةُ.

(الثَّانِي: الْعَيْنَانِ)، وَفِي إِحْدَاهُمَا، إِذَا فُقِئَتِ النُّصْفُ، وَفِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ النُّصْفُ (م)، وَفِي عَيْنِي الْأَخْفَسِ كَمَالُ الدِّيَةِ.

(الثَّلَاثُ: الْأَجْفَانِ)، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ رُبُعُ الدِّيَةِ، (م) وَفِي بَعْضِ الْوَاحِدِ يُقَدَّرُ نِسْبَتُهُ مِنَ الرُّبْعِ، وَلَيْسَ فِي إِفْسَادِ مَنَابِتِ الْأَهْدَابِ وَسَائِرِ الشُّعُورِ إِلَّا الْحُكُومَةُ؛ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَفِي انْدِرَاجِ حُكُومَةِ الْأَهْدَابِ تَحْتَ دِيَةِ الْأَجْفَانِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ: الْأَنْفُ) وَفِي قَطْعِ جَمِيعِ مَا لَانَ مِنَ الْمَارِنِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي بَعْضِهِ الْبَعْضُ بِالنِّسْبَةِ، وَهُوَ مَعَ الْحَاجِزِ بَيْنَ الْمِنْخَرَيْنِ ثَلَاثُ طَبَقَاتٍ، فَفِي كُلِّ طَبَقَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: الْحَاجِزُ فِيهِ حُكُومَةٌ، وَفِي ظَاهِرِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمِنْخَرَيْنِ نِصْفُ الدِّيَةِ.

(الْخَامِسُ: الشُّفَتَانِ)، وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ (م)، وَحَدُّهُ فِي غُرْضِ الْوَجْهِ إِلَى الشُّدْقَيْنِ، وَفِي طُولِهِ إِلَى مَحَلِّ الْأَزْيَاقِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِلَى مَا يَسْتُرُ عُمُودَ الْأَسْنَانِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِلَى مَا يَنْتَوِي عِنْدَ الْأَنْطَبَاقِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَهُوَ الْأَفْلُ.

وَقِيلَ: إِذَا قَطَعَ مِنَ الْأَعْلَى مَا لَا يَنْطَبِقُ عَلَى الْأَسْفَلِ، فَقَدْ اسْتَوْفَى الْكُلَّ.

(الْسَّادِسُ: فِي لِسَانِ النَّاطِقِ كَمَالُ (ح) الدِّيَةِ)، وَفِي الْآخَرَسِ الْحُكُومَةُ، وَفِي الصَّبِيِّ كَمَالُ الدِّيَةِ إِلَّا إِذَا قَطَعَ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ، وَلَمْ يَظْهَرْ أَثَرُ الْقُدْرَةِ بِالتَّحْرِيكِ وَالْبُكَاءِ، فَإِنَّ السَّلَامَةَ لَمْ تُسْتَيْقَنْ^(١).

(السَّابِعُ: الْأَسْنَانُ)، وَفِي كُلِّ سِنَّ تَامَّةٍ أَصْلِيَّةٌ مُغَوَّرَةٌ غَيْرُ مُتَقَلِّفَةٍ بِالْهَرَمِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ مِنْ غَيْرِ تَفَاضُلٍ، وَفِي الشَّاعِيَةِ حُكُومَةٌ، وَفِي سِنَّ مِنْ الذَّهَبِ تَشَبَّثَ بِهَا اللَّحْمُ، وَاسْتَعْدَّتْ لِلْمَضْغِ حُكُومَةٌ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي قَطْعِ نِصْفِ السِّنِّ نِصْفُ الْأَرْضِ، وَفِي إِدْخَالِ السِّنِّ فِي حِسَابِ السِّنَّةِ وَجْهَانِ، وَبَقِيَّةُ الذَّكَرِ مِنَ الْحَشْفَةِ، وَحَلَمَةُ التَّدْبِثِ مِنَ الْجُمْلَةِ، وَقَصَبَةُ الْأَنْفِ مِنَ الْمَارِنِ؛ كَالسِّنِّ مِنَ السِّنِّ؛ فِي أَنَّ حُكُومَتَهَا، هَلْ تَنْدَرِجُ عِنْدَ الْأَسْتِثْنَاءِ؟ وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَجِبُ بِجَمِيعِهَا حُكُومَةٌ، إِذَا اسْتُؤْصِلَتْ مَعَ دِيَةِ وَسِرِّ الصَّبِيِّ فَضْلًا؛ كَشَعْرِهِ؛ فَلَيْسَ فِيهِ أَرْضٌ، وَلَا قِصَاصٌ، إِلَّا إِذَا بَانَ بِالْآخِرَةِ فَسَادُ الْمَنَبِتِ، فَإِذَا مَاتَ قَبْلَ التَّبْيِثِ، فَبِئِذَا الْأَرْضِ وَجْهَانِ؛ لِتَقَابُلِ الْأَصْلَيْنِ، وَالْمُتَغَوَّرِ إِذَا

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «إِلَّا إِذَا قَطَعَ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ، وَلَمْ يَظْهَرْ أَثَرُ الْقُدْرَةِ بِالتَّحْرِيكِ وَالْبُكَاءِ، فَإِنَّ السَّلَامَةَ لَمْ تُسْتَيْقَنْ» هَذَا وَجْهٌ، وَالَّذِي يُوْجَدُ لِعَامَةِ الْأَصْحَابِ وَجُوبُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ السَّلَامَةَ. [ت]

عَادَ نَادِرًا، فَبَيَّ اسْتِزْدَادِ الْأَرْضِ قَوْلَانِ، وَالْمَوْضِحَةُ فَإِذَا أَلْتَحَمَتْ بِلَحْمٍ جَدِيدٍ لَا يُسْتَرَدُّ أَرْضُهَا؛ لِأَنَّهُ جَدِيدٌ وَالْبَطْشُ وَالْبَصَرُ إِذَا عَادَا يُسْتَرَدُّ؛ لِأَنَّهُ الْأَوَّلُ، وَقَدْ عَادَ، وَالسُّنُّ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا، وَسِنَّ الشَّيْخِ الْهَرَمِ، إِذَا تَقَلَّقَتْ فِيهَا الْأَرْضُ، إِذَا كَانَ الظَّاهِرُ ثَبَاتَهَا، وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ سَقُوطَهَا، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ قَلَعَ جَمِيعَ الْأَسْنَانِ، فَكَانَتْ أَثْنَيْنِ وَثَلَاثَيْنِ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ فِي قَوْلِ كَيْلَا يَزِيدَ عَلَى الدِّيَةِ.

وَفِي قَوْلِ: مِائَةٌ وَسِتُّونَ لِكُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِالمِائَةِ، فَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجَانِي وَالْجَنَائَةِ، فَلَوْ أَفْتَلَعَهَا مُتَّفَقًا، مَعَ تَخَلُّلِ الْأَنْدِمَالِ، فَبَيَّ كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالْجَنَائَةُ الْمُتَّحِدَةُ أَنْ يَسْقُطَ الْكُلُّ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ.

(الثَّامِنُ) اللَّحْيَانِ، وَفِيهِمَا كَمَالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِمَا الْأَسْنَانُ، لَمْ يَنْدَرِجْ دِيَةُ الْأَسْنَانِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ.

(الثَّاسِعُ: الْيَدَانِ)، وَفِيهِمَا مَعَ الْكَفِّ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَيُكْمَلُ الدِّيَةُ بِلَفْظِ الْأَصَابِعِ، فَبَيَّ كُلُّ أَصْبَعٍ عَشْرٌ، وَلَوْ قَطَعَ مَعَ السَّاعِدِ، أَوْ الْمَرْزَقِ، أَوْ الْعَصْدِ، فَبَيَّ حُكُومَةُ السَّاعِدِ، وَالْعَصْدِ، وَلَا يَنْدَرِجُ؛ بِخِلَافِ الْكَفِّ، وَفِي كُلِّ أَثْمَلَةٍ ثَلَاثُ الْعَشْرِ إِلَّا فِي الْإِبْهَامِ؛ فَفَبَيَّ أَثْمَلَتَانِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الْأَرْضِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الْعَظْمِ كَفَّانِ بَاطِشَانِ، فَفَبَيَّ الزَّائِدَةُ حُكُومَةً، فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَرَفَةً عَنِ السَّاعِدِ، أَوْ نَاقِصَةً بِأَصْبُعٍ، أَوْ ضَعِيفَةً الْبَطْشِ، فَفَبَيَّ الزَّائِدَةُ، فَإِنْ كَانَتْ الْمُنْحَرَفَةُ أَقْوَى بَطْشًا، فَفَبَيَّ الْأَصْلِيَّةُ، وَالتِّي عَلَيْهَا أَصْبُعٌ زَائِدَةٌ تُجْعَلُ زَائِدَةً؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ تَسَاوَيَا، فَفَبَيَّ كِلْتَابَهُمَا دِيَةً وَحُكُومَةً، وَلَا قِصَاصَ فِي إِحْدَاهُمَا، وَفِيهَا نِصْفُ دِيَةِ الْيَدِ، وَزِيَادَةُ حُكُومَةٍ؛ لِأَنَّهُ نِصْفُ فِي صُورَةِ الْكُلِّ، وَلَوْ قُطِعَتِ الْيَدُ الْبَاطِشَةُ، فَاسْتَدَّتِ الْيَدُ الْأُخْرَى بِالْقَطْعِ، وَبَطْشَتْ، فَفَبَيَّ اسْتِزْدَادِ الْأَرْضِ وَجْهَانِ.

(الْعَاشِرُ: التَّرْقُوتُ وَالضِّلْعُ)، فَفَبَيَّ كَسْرُ كُلِّ ضِلْعٍ حَمَلٌ تَقْلِيدًا لِعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (١) (٢)، وَحُكُومَةٌ؛ عَلَى قَوْلِ آخَرَ؛ قِيَاسًا.

(الْحَادِي عَشَرَ): الْحَلَمَتَانِ مِنَ الْمَرْأَةِ، فِيهِمَا دِيَةُ كَامِلَةٌ، وَفِي حَلَمَتَي الرَّجُلِ قَوْلَانِ؛ إِذَا لَا مَنَفَعَةٌ لَهُمَا.

(الثَّانِي عَشَرَ): الذَّكَرُ وَالْأُنْثَيَانِ، وَفِيهِمَا دِيَتَانِ، وَفِي ذَكَرِ الْخَصِيِّ (ح) وَالْعَيْنِ دِيَةٌ، وَفِي ذَكَرِ

(١) قال الرافي: «تقليد لعمر - رضي الله عنه -» روى الشافعي عن مالك عن زيد بن أسلم عن مسلم بن جندب عن أسلم مولى عمر بن الخطاب أن عمر بن الخطاب قضى في الترقوة بجمل، وفي الضلع بجمل. [آت] أخرجه الشافعي (١١١/٢) كتاب الديات، حديث (٣٧٤). من طريق مالك وهو في موطئه (٨٦١/٢) كتاب العقول، باب جامع عقل الإنسان حديث (٧)، عن زيد بن أسلم عن مسلم بن جندب عن أسلم مولى عمر بن الخطاب به.

(٢) قال الرافي: «وفي كسر كل ضلع جمل تقليدًا لعمر - رضي الله عنه - إلى آخره» سياق يقتضي ترجيح وجوب الجمل، والظاهر خلافه. [ت]

الْأَشْلُ حُكُومَةٌ، وَتُكْمَلُ بِقَطْعِ الْحَشْفَةِ، وَلَا يَزِيدُ بِالِاسْتِثْصَالِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يَزِيدُ حُكُومَةً.
(الثَّالِثَ عَشَرَ: الْأَلْيَتَانِ)، وَفِي قَطْعِ مَا أَشْرَفَ مِنْهُمَا عَلَى الْبَدَنِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَفْرَعْ الْعَظْمَ.

(الرَّابِعَ عَشَرَ: الشَّفَرَانِ)، وَفِيمَا أَشْرَفَ مِنْهُمَا عَلَى الْمَنْفَذِ دِيَّةُ الْمَرْأَةِ، وَهُوَ الْقَدْرُ الثَّانِي عِنْدَ الْإِنطِبَاقِ.

(الخَامِسَ عَشَرَ: الرَّجُلَانِ)، وَهُمَا كَالْيَدَيْنِ، وَرَجُلُ الْأَعْرَجِ كَرَجُلِ الصَّخِيحِ، وَرَجُلٌ مَنِ امْتَنَعَ مَشْيُهُ بِكَسْرِ الْفَقَارِ، كَالصَّحِيحِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَفِي أَلْتَقَاطِ أَصَابِعِ الرَّجُلَيْنِ كَمَالُ الدِّيَةِ.
(السَّادِسَ عَشَرَ الْجِلْدُ)، وَفِي سَلْخِ جَمِيعِهِ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ.

(النُّوعُ الثَّالِثُ مِنَ الْجَنَائِيَّاتِ: مَا يُقَوِّتُ الْمَنَافِعَ) وَهِيَ عَشْرَةٌ:

(الْأُولَى): الْعَقْلُ، فَإِذَا أَرَاَهُ بِالضَّرْبِ، فِدِيَّةٌ كَامِلَةٌ، وَلَوْ زَالَ بِقَطْعِ يَدَيْهِ، فَالْتَّصُّ أَنَّهُ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّ الْعَقْلَ لَيْسَ لَهُ مَحَلٌّ مَخْصُوصٌ، فَيَنْدَرِجُ تَحْتَ كُلِّ عُضْوٍ يُكْمِلُ فِيهِ الدِّيَّةَ، فَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ، فَرَّالَ عَقْلُهُ، فِدَيَّتَانِ.

وَقِيلَ: لَا يَنْدَرِجُ الْعَقْلُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْيَدِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ^(١).

وَإِذَا شَكَّكْنَا فِي زَوَالِ الْعَقْلِ، رَاقَبْنَاهُ فِي الْخَلَوَاتِ، ثُمَّ لَمْ نُحْلِفْهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَجَانَّنُ فِي الْجَوَابِ.

(الثَّانِيَةُ: السَّمْعُ)، وَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي إِخْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: حُكُومَةٌ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ السَّمْعِ وَاحِدٌ.

وَلَوْ قِيلَ: السَّمْعُ بَاقٍ، وَقَدْ وَقَعَ فِي الطَّرِيقِ أَرْتَاقٌ، فَتَعَطَّلَ الْمَنْفَعَةُ كَزَوَالِهَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَيَجْرِي فِيمَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُ الصَّبِيِّ، فَتَعَطَّلَ نُطْقُهُ، أَوْ ضُرِبَ صُلْبُ إِنْسَانٍ، فَتَعَطَّلَ رَجْلُهُ، فَفِي تَعَدُّدِ الدِّيَةِ خِلَافٌ، وَإِذَا شَكَّ فِي السَّمْعِ، جُرَّبَ بِصَوْتٍ مُتَكَرِّرٍ بَغْتَةً، وَإِنْ نَقَصَ السَّمْعُ، جُرَّبَ بِالنَّسْبَةِ إِلَى مَنْ هُوَ فِي مِثْلِ سِنِّهِ بِقُرْبِ الْمَسَافَةِ وَبُعْدِهَا، فَإِنْ كَذَّبَهُ الْجَانِي، حُلِفَ الْمَجْنِي عَلَيْهِ.

(١) قال الرافعي: «ولو زال يقطع يديه فالنص أنه دية واحدة وإلى قوله: فهو القياس». سبق إلى الفهم منه وضع الخلاف في أن دية العقل هل تدرج تحت أرش الجناية ثم السياق يشعر بأن النص الاندراج وإنما يقابله وجه، وأن الظاهر الأول، لكن فيه قولان مشهوران القديم: أنه إذا زال العقل بجناية لها أرش مقدر وغير مقدر، فيدخل الأقل في الأكثر، فإن كانت دية العقل أكثر بأن زال بالإيضاح دخل في دية العقل أرش الموضحة، وإن كان أرش الجناية أكثر كما إذا زال بقطع اليدين والرجلين دخلت دية العقل في أرش الجناية، والجديد: أنه لا يدخل واحد منهما في الآخر، بل يجب دية العقل وأرش الجناية جميعاً فإذا المذكور يخالف المشهور من وجوه. [ت]

(الثالثة: البصر)، وفي إبطالها مع بقاء الحدة كمال الدية، ويستوي فيه الأعمش والأخفش، ومن في حدته بياض لا يمنع أصل البصر كمال الدية، وفي إحداهما النصف، ويمتنح بتقريب حديدة من حدته مغافصة^(١).

(الرابعة: الشم)، وفيه كمال الدية، ويمتنح بالزوايح الكريهة الحادة، وعند الثقصان يحلف لعسر الأمتحان.

وقيل: في الشم حكومة^(٢)، لأنه ضعيف النفع.

(الخامسة: الططق)، وفي إبطاله كمال الدية، وإن بقي في اللسان فائدة الذوق والحروف الشفوية والحلقية^(٣)، وفي بعض الكلام بعض الدية، ويورع على ثمانية وعشرين حرفاً، ويدخل الشفوية والحلقية في التوزيع، ولو كان لا يحسن بعض الحروف، فهل ينقص الدية، أو هو كضعف القوي؟ فيه وجهان.

وإن كان بجناية، فوجهان مرتبان، وأولى بالتنقيص، وضعف سائر المنافع التي لا تتقدّر مثل الحروف، وإن كان بأفة، لم تنقص، وإن كان بجناية، فوجهان، ولو قطع بعض لسانه، فأبطل بعض كلامه، وتساوّت نسبة الجزم والحروف، فذاك، وإن تفاوت، أخذنا بأكثر الشهادتين، ولو قطع رُبُع اللسان، فزال نصف الكلام، فنصف الدية، ولو قطع نصف اللسان، فزال رُبُع الكلام، فنصف الدية، ولو استأصل الباقي، وقد بقي ثلاثة أرباع الكلام، أو ثلاثة أرباع اللسان، فيجب ثلاثة أرباع الدية؛ أخذاً بالأكثر.

وقيل: النظر إلى الجزم في حق الباقي، ولكن لو بقي ثلاثة أرباع اللسان، وفيه نصف الكلام، فنصف الدية وحكومة؛ وكأن رُبُع اللسان أشل.

(السادسة: الصوت)، وفي إبطاله كل الدية فإن بطل معه حركة اللسان، فديتان.

وقيل: دية واحدة؛ لأن الصوت يفسد للططق.

(السابعة: الذوق)، وفيه كمال الدية، ويجزّب بالأشياء المرة.

(الثامنة: المضغ)، فإذا صلب مغرس لحينه، فعليه كمال الدية، ولو جنى على سنه، فتعذر

(١) غافست فلاناً إذا فاجأته وأخذته على غرة منه، وأخذت الشيء مغافصة أي: مغالبة.

ينظر المصباح المنير ص (٤٤٩).

(٢) قال الرافي: «وقيل: في الشم حكومة» هو وجه، وقيل قول. [ت]

(٣) قال الرافي: «وفي إبطاله كمال الدية، وإن بقي في اللسان فائدة الذوق والحروف الشفوية والحلقية» إيجاب كمال الدية مع بقاء حروف الشفة والحلق قد تعرض له ها هنا وفي «الوسيط» ولم أجده لسائر الأصحاب، وهو مخالف لما ذكر من بعد أنه يجب في بعض الكلام بعض الدية، وإنما يظهر ذلك إذا لم يدخل الشفوية والحلقية في التوزيع. [ت]

الْمَضْعُ، فَكَمَالُ الْأَرْضِ، فَإِنْ أَسْوَدَ، وَأَمَكَنَ الْمَضْعُ، فَحُكُومَةُ لِإِزَالَةِ الْجَمَالِ.

(التَّاسِعَةُ) قُوَّةُ الْإِنْتَاءِ وَالْإِحْبَالِ فِيهَا كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي قُوَّةِ الْإِزْصَاعِ حُكُومَةُ؛ لِأَنَّهَا عَارِضَةٌ، وَإِنْطَالُ الْأَلْتِدَادِ بِالْجَمَاعِ أَوْ بِالطَّعَامِ، إِنْ أَمَكَنَ فِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَكَذَا لَوْ أَرْتَقَتْ مَنَفْعُ الطَّعَامِ بِجَنَائِيٍّ عَلَى عُنُقِهِ، وَبَقِيَ مَعَهُ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ، فَحَزُّ غَيْرُهُ رَقَبَتُهُ، فَكَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي الْإِفْصَاءِ كَمَالُ الدِّيَةِ عَلَى الزَّوْجِ (ح) وَالزَّوْجِي جَمِيعًا، وَهُوَ أَنْ يَتَّحِدَ (و) مَسْلُكُ الْجَمَاعِ وَالْعَائِطِ، وَلَا يَنْدَرُجُ تَحْتَهُ الْمَهْرُ، وَلَا يَنْدَرُجُ أَرْضُ الْبَكَارَةِ تَحْتَ الْمَهْرِ، وَلَوْ أَرَالَ الزَّوْجُ بِكَارَةِ زَوْجَتِهِ بِأَصْبَحَ، فَقَبِي أَرْضُ الْبَكَارَةِ خِلَافٌ.

وَمَهْمَا كَانَتْ الزَّوْجَةُ لَا تَحْتَمِلُ الْوَطْءَ إِلَّا بِالْإِفْصَاءِ، فَالْوَطْءُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ، فَإِنْ كَانَ سَبَبُهُ ضَيْقُ الْمَنَفْعِ، فَهُوَ كَالرَّتْقِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرَ الْآلَةِ، فَهُوَ كَالْجَبِّ فِي إِنْثَابِ الْخِيَارِ^(١).

(الْعَاشِرَةُ) فِي مَنَفْعَةِ الْمَشْيِ وَالْبَطْشِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَلَوْ ضَرَبَ صُلْبَهُ، فَبَطَلَ مَشْيُهُ، وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي تَكْمِيلِ الدِّيَةِ فِي الرَّجُلِ الْمُعْطَلَةِ بِخَلَلٍ فِي غَيْرِ الرَّجُلِ خِلَافٌ سَبَقَ، وَلَوْ ضَرَبَ صُلْبَهُ، فَبَطَلَ مَشْيُهُ وَمَشْيُهُ، فَقَبِي الْأَنْدِرَاجِ خِلَافٌ، إِذِ الصُّلْبُ كَأَنَّهُ مَحَلٌّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، هَذَا حُكْمُ الْأَطْرَافِ، فَيَتَصَوَّرُ أَنْ يَجِبَ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ قَرِيبٌ مِنْ عِشْرِينَ دِيَّةً جَمْعًا، فَلَوْ مَاتَ بِالسَّرَايَةِ، تَدَاخَلَ، فَلَوْ حَزَّ الْجَانِي رَقَبَتَهُ، تَدَاخَلَ أَيْضًا، وَعَلَى الْقَوْلِ الْمُخَرَّجِ لَا يَتَدَاخَلُ.

وَلَوْ كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً، وَالْحَزُّ عَمْدًا، أَوْ بِالْعَكْسِ، فَقَبِي التَّدَاخُلِ قَوْلَانِ^(٢)؛ لِأَنَّ تَغَايِرَ الْحُكْمِ يُضَاهِي تَغَايِرَ الْجَانِي؛ وَعَلَى التَّدَاخُلِ، لَوْ قَطَعَ يَدَهُ خَطَأً، وَقَتَلَ عَمْدًا، فَالْوَاجِبُ دِيَّةٌ؛ نِصْفُهَا مُغْلَظَةٌ عَلَى الْجَانِي، وَنِصْفُهَا مُخَفَّفَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ الْكُلُّ مُغْلَظَةً؛ إِذِ الْحَزُّ أَبْطَلَ مَا سَبَقَ، وَجَرَّاحُ الْعَبْدِ مِنْ قِيَمَتِهِ كَجَرَّاحِ الْحُرِّ مِنْ دِيَّتِهِ؛ عَلَى النَّصِّ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ؛ أَنَّ الْوَاجِبَ بِقَدْرِ التَّقْصَانِ، فَلَوْ قَطَعَ ذَكَرَ الْعَبْدِ، وَجَبَ كَمَالُ قِيَمَتِهِ؛ عَلَى النَّصِّ، وَعَلَى التَّخْرِيجِ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ، إِذَا لَمْ يُنْقُصِ الْقِيَمَةُ؛ كَالْبَهِيمَةِ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ: فِي الْمَوْجِبِ، وَالنَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَطْرَافٍ:)

(الطَّرَفُ الْأَوَّلُ: السَّبَبُ)، وَهُوَ كُلُّ مَا يَخْصُلُ الْهَلَاكُ عِنْدَهُ بِعِلَّةٍ سِوَاهُ، وَلَكِنْ لَوْلَاهُ لَمَا أَثَّرَتْ الْعِلَّةُ؛ كَالْحَفْرِ مَعَ التَّرْدِيَةِ، فَأَمَّا مَا يَخْصُلُ الْهَلَاكُ لَوْلَاهُ؛ كَمَا لَوْ مَاتَ عِنْدَ صَعْفَةِ خَفِيفَةٍ، فَهَذَا لَا يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ، وَلَوْ صَاحَ عَلَى صَغِيرٍ، فَارْتَعَدَ، وَسَقَطَ مِنْ سَطْحٍ، ضَمِنَ، وَفِي الْقِصَاصِ قَوْلَانِ،

(١) قال الرافعي: «إِنْ كَانَ سَبَبُهُ ضَيْقُ الْمَنَفْعِ فَهُوَ كَالرَّتْقِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرَ الْآلَةِ فَهُوَ كَالْجَبِّ فِي إِنْثَابِ الْخِيَارِ» هَذَا وَجْهٌ، وَالْمَشْهُورُ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا فُسْخَ بِمِثْلِ ذَلِكَ بِخِلَافِ الرَّتْقِ الْمَانِعِ مِنَ الْوَطْءِ عَلَى الْإِطْلَاقِ. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وَلَوْ كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً، وَالْحَزُّ عَمْدًا أَوْ بِالْعَكْسِ، فَقَبِي التَّدَاخُلِ قَوْلَانِ» قِيلَ: هُمَا وَجْهَانِ. [ت]

وَلَوْ كَانَ بِالْغَا، فَلَا تَأْذِي أَزْجِي يُقَرَّقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ أَنْ يُعَافِصَهُ مِنْ وَرَائِهِ، أَوْ مِنْ وَجْهِهِ، وَلَوْ صَاحَ عَلَى صَبِيٍّ عَلَى الْأَرْضِ، فَمَاتَ، أَوْ عَلَى بَالِغٍ، فَرَأَى عَقْلُهُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ خَوَّفَ حَامِلًا، فَأَجْهَضَتْ^(١) جَنِينًا، وَجَبَتْ الْعُرْوَةُ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ ظَاهِرٍ، وَالضَّابِطُ أَنَّ مَا يَظْهَرُ كَوْنُهُ سَبَبًا، وَلَكِنْ أَخْتِمِلُ حُصُولَ الْهَلَاكِ بِغَيْرِهِ، فَهُوَ كَسَبِهِ الْعَمْدُ، إِذَا قَصَدَ، وَمَا يُشْكُ فِي كَوْنِهِ سَبَبًا، أَخْتِمِلُ أَنْ يُقَالَ: الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذَّمِّ، أَوْ الْأَصْلُ الْحَوَالَةُ عَلَى السَّبَبِ الظَّاهِرِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي اجْتِمَاعِ الْعِلَّةِ وَالشَّرْطِ)، فَإِنْ كَانَ الْعِلَّةُ عُذْوَانًا، كَالْتَرْدِيَةِ وَالْحَفْرِ، سَقَطَ أَثَرُ الْحَفْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ؛ كَالْتَرْدِيِّ مَعَ الْحَفْرِ؛ نُظِرَ إِلَى الْحَفْرِ، فَإِنْ كَانَ عُذْوَانًا، ضَمِنَ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ وَضَعَ صَبِيًّا فِي مَسْبَعَةٍ، فَأَفْتَرَسَهُ سَبْعٌ، وَجَبَ الضَّمَانُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ^(٢)، وَلَوْ أَتْبَعَ إِنْسَانًا بِسَيْفِهِ، فَوَلَّى هَارِبًا، وَأَلْقَى نَفْسَهُ فِي نَارٍ أَوْ مَاءٍ أَوْ بَثْرٍ أَوْ أَفْتَرَسَهُ سَبْعٌ فِي مَسْبَعٍ، أَوْ أَنْحَسَفَ بِهِ سَقْفٌ أَلْقَى نَفْسَهُ عَلَيْهِ، فَهُوَ قَاتِلُ نَفْسِهِ إِلَّا إِذَا كَانَتِ الْبَثْرُ مُعْطَاةً، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتَّبِعِ، وَلَوْ سَلَّمَ صَبِيًّا إِلَى سَبَّاحٍ، فَعَرَّقَ بِتَفْصِيرِهِ، ضَمِنَ (و)، وَإِنْ كَانَ بِالْغَا، لَمْ يَضْمَنْ، وَحَفَرُ الْبَثْرِ لَا يَكُونُ عُذْوَانًا فِي مِلْكِهِ، وَفِي الْمَوَاتِ إِلَّا إِذَا حَفَرَ بَثْرًا فِي دِهْلِيزِ نَفْسِهِ، وَدَعَا إِلَيْهِ غَيْرُهُ، فَقَبِلَ الضَّمَانُ قَوْلَانِ؛ لِتَعَارُضِ الْمُبَاشَرَةِ وَالْعُرُورِ، أَمَّا فِي الشَّارِعِ بِحَيْثُ يَضُرُّ بِالْمُجْتَازِينَ، فَعُذْوَانٌ، وَإِنْ كَانَ لِمَصْلَحَةِ الطَّرِيقِ، وَإِذَا ذِي الْوَالِدِي، فَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ اسْتَقْلَ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَكِنْ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ^(٣)، وَإِنْ حَفَرَ لِعَرْضِ نَفْسِهِ، وَلَمْ يَضُرَّ بِالنَّاسِ، فَهُوَ جَائِزٌ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ^(٤)، وَكَذَا إِشْرَاعُ الْأَجْنَحَةِ جَائِزٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ (و)؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ حَفَرَ فِي مِلْكِهِ، فَسَقَطَ جِدَارُ دَارِهِ؛ فَلَا ضَمَانَ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ حَرَجًا عَلَى الْمَلِكِ، إِلَّا أَنْ يُقَصَّرَ بِمُخَالَفَةِ الْعَادَةِ فِي سَعَةِ الْبَثْرِ، فَيَضْمَنْ، وَلَوْ أَوْقَدَ نَارًا عَلَى السَّطْحِ فِي يَوْمٍ رِيحٍ عَاصِفٍ، ضَمِنَ عَهْدَةَ الشَّرَارِ، وَلَوْ عَصَفَهُ الرِّيحُ بَعْتَةً، فَلَا، وَلَوْ سَقَطَ مِيزَابُهُ عَلَى رَأْسِ إِنْسَانٍ، فَإِنْ كَانَ السَّاقِطُ الْقَدْرَ الْبَارِزَ، ضَمِنَ (و)؛ كَالْجَنَاحِ، وَإِنْ سَقَطَ الْكُلُّ، لَمْ يَضْمَنْ؛ عَلَى وَجْهِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حَاجَةِ الْمَلِكِ؛ بِخِلَافِ الْجَنَاحِ، وَضَمِنَ النِّصْفَ بِإِزَاءِ الْبَارِزِ، عَلَى وَجْهِهِ^(٥)، وَضَمِنَ مَا يَقْتَضِيهِ وَزْنُ الْبَارِزِ؛ عَلَى وَجْهِهِ؛ إِذَا قِيسَ بِوِزْنِ الدَّاحِلِ، وَإِذَا مَالَ الْجِدَارُ

(١) أجهضت الناقة والمرأة ولدها إجهاضاً أسقطته ناقص الخلق فهي جهيض.

ينظر المصباح المنير ص (١١٣).

(٢) قال الرافعي: «ولو وضع صبيًّا في مسبعة، فافترسه سبع وجب الضمان على أصح الوجهين» الظاهر أنه لا يضمن. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن استقل فهو جائز، لكن بشرط سلامة العاقبة» على أحد القولين» قيل: هما قولان وجهان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وإن حفر لغرض نفسه ولم يضر بالناس فهو جائز بشرط سلامة العاقبة هذا وجه، والأولى وبه أجاب أصحابنا العراقيون والرويانى أنه إذا كان بإذن الولي فلا ضمان. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن سقط الكل لم يضمن على وجه لأنه من حاجة الملك، بخلاف الجناح، وضمن النصف بإزاء البارز على وجه» قيل: هما قولان، وسياق الكتاب يشعر بتخصيص الخلاف مما إذا سقط الكل، ويجزم الوجوب إذا سقط البارز وحده والأكثر طرده في الحالتين. [ت]

إِلَى الشَّارِعِ؛ بِأَنْ بَنَاهُ مَايِلًا، فَهُوَ كَالْقَابُولِ^(١)، وَإِنْ مَالَ فِي الدَّوَامِ، فَلَمْ يُتَدَارَكْ مَعَ الْإِمْكَانِ، فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا قِمَامَاتُ الْبُيُوتِ، وَقُشُورُ الْبُطِيخِ، إِذَا تَعَثَّرَ بِهَا إِنْسَانٌ، فَفِي وَجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُلقَى وَجْهَانِ؛ كَمَا فِي الْمِيزَابِ؛ لِأَنَّ طَرَحَ الْقِمَامَاتِ لِمَرَافِقِ الْأَمْثَلِكِ، وَرَشَّ الْمَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِمَصْلَحَةِ عَامَّةٍ، فَهُوَ سَبَبُ ضَمَانٍ فِي حَقِّ مَنْ تَزَلَّقَ، وَلَمْ يَرِ مَوْضِعَ الرَّشِّ.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي تَرْجِيحِ سَبَبٍ عَلَى سَبَبٍ)، وَمَهُمَا اجْتَمَعَ سَبَبَانِ مُخْتَلِفَانِ، قُدِّمَ الْأَوَّلُ، وَلَوْ حَفَرَ بَثْرًا، وَنَصَبَ آخَرَ حَجَرًا، فَتَعَثَّرَ بِالْحَجَرِ، وَوَقَعَ فِي الْبَثْرِ، فَالضَّمَانُ عَلَى وَاضِعِ الْحَجَرِ، وَكَذَا لَوْ سَقَطَ الْحَجَرُ بِسَبَبِ السَّيْلِ عَلَى طَرَفِ الْبَثْرِ، سَقَطَ الضَّمَانُ عَنِ الْحَافِرِ، وَلَوْ سَقَطَ فِي بَثْرِ عَلَى سِكِّينِ مَنْصُوبٍ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْحَافِرِ، لَا عَلَى نَاصِبِ السِّكِّينِ، وَلَوْ حَفَرَ بَثْرًا قَرِيبَ الْعُمُقِ، فَعَمَّقَهَا غَيْرُهُ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ؛ فِي وَجْهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ؛ لِتَنَاسُبِ الْجِنَايَتَيْنِ.

وَلَوْ تَعَثَّرَ بِحَجَرٍ فِي الطَّرِيقِ، فَالضَّمَانُ عَلَى وَاضِعِهِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِقَاعِدٍ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْقَاعِدِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِوَاقِفٍ، فَالْمَاشِي مُهْدَرٌ، وَضَمَانُ الْوَاقِفِ عَلَى الْمَاشِي؛ لِأَنَّ الْوُقُوفَ مِنْ مَرَافِقِ الْمَشْيِ، دُونَ الْقُعُودِ، وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالْقَلْبِ وَالْخُرُوجِ، وَلَوْ تَرَدَّدَى فِي بَثْرِ، فَسَقَطَ عَلَيْهِ آخَرُ، فَضَمَانُهُمَا عَلَى عَاقِلَةِ الْحَافِرِ، وَهَلْ لَوْرَثَةِ الْأَوَّلِ مُطَالَبَةٌ عَاقِلَةَ الثَّانِي بِنِصْفِ الدِّيَةِ؛ حَتَّى يَرْجِعُوا بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الْحَافِرِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ؛ مَشْهُوهُ أَنَّ الْمُكْرَهَ، هَلْ يَتَعَلَّقُ [بِهِ]^(٢) عَهْدَةٌ (و)؟، وَلَوْ تَزَلَّقَ عَلَى طَرَفِ الْبَثْرِ، فَتَعَلَّقَ بِآخَرَ، وَجَذَبَهُ، وَتَعَلَّقَ الْآخَرُ بِالثَّالِثِ، وَجَذَبَهُ، وَوَقَعَ بَعْضُهُمْ عَلَى الْبَعْضِ، فَلَا أَوَّلَ مَاتَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَسْبَابٍ بِصَدْمَةِ الْبَثْرِ وَثِقَلِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ، وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَى وَاحِدٍ، فَيُهْدَرُ ثُلُثُ دِيَّتِهِ، وَثُلُثُهُ عَلَى الْحَافِرِ، وَثُلُثُهُ عَلَى الثَّانِي؛ فَإِنَّهُ جَذَبَ الثَّالِثَ، وَأَمَّا الثَّانِي هَلَكَ بِسَبَبَيْنِ، وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَى أَحَدِهِمَا، فَيُهْدَرُ نِصْفُهُ، وَنِصْفُ دِيَّتِهِ عَلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ جَذَبَهُ، وَأَمَّا الثَّالِثُ، فَكُلُّ دِيَّتِهِ عَلَى الثَّانِي.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِيمَا يُوجِبُ الشَّرِكَةَ)؛ كَمَا إِذَا أَضْطَلَمَ حُرَّانِ، وَمَاتَا، فَكُلُّ وَاحِدٍ شَرِيكٌ فِي قَتْلِ نَفْسِهِ وَقَتْلِ صَاحِبِهِ، فَفِي تَرْكَهَ كُلِّ وَاحِدٍ كَفَّارَتَانِ وَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِيَةِ صَاحِبِهِ، إِذَا كَانَ مُتَعَمِّدَيْنِ، فَهِيَ فِي تَرْكِهِمَا، فَإِنْ كَانَ رَاكِبَيْنِ، زَادَ فِي تَرْكَهَ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ قِيَمَةِ دَابَّةٍ صَاحِبِهِ، فَإِنْ غَلِبَهُمَا الدَّابَّتَانِ، أَهْدَرَ الْهَلَكَ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ إِحَالَةً عَلَى الدَّوَابِّ، وَفِي الثَّانِي يُحَالُ عَلَى رُكُوبِهِمَا، فَإِنْ كَانَ صَبِيَّيْنِ أَرْكَبُهُمَا أَجَنَّبِيَّ مُتَعَدِّيًّا، فَجَوَالَةُ الْكُلِّ عَلَى الْأَجَنَّبِيِّ، وَإِنْ أَرْكَبَهُمَا الْوَلِيُّ، فَلَا جَوَالَةَ عَلَيْهِ، بَلْ هُوَ كَرُكُوبِ الصَّبِيِّيْنِ بِنَفْسِهِمَا، وَإِنْ أَرْكَبَ الْوَلِيُّ لِأَجْلِ زِينَةٍ لَا حَاجَةَ، فَفِي تَقْيِيدِهِ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ فِي حَقِّ الْوَلِيِّ وَجْهَانِ، فَإِنْ تَصَادَمَ حَامِلَتَانِ، فَفِي تَرْكَهَ كُلِّ وَاحِدَةٍ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ؛ لِأَنَّهُ أَهْلَكَ أَرْبَعَةَ أَنْفُسٍ، وَالْكَفَّارَةُ لَا تَنْجِزُ، وَقَاتِلُ نَفْسِهِ يَلْزُمُهُ الْكَفَّارَةُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ

(١) القابول: هو السَّابِاطُ هَكَذَا اسْتَعْمَلَهُ الْغَزَالِيُّ وَتَبِعَهُ الرَّافِعِيُّ وَلَمْ أَظْفَرْ بِنَقْلِ فِيهِ. قَالَهُ فِي الْمَصْبَاحِ.

يَنْظُرُ الْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ ص (٤٨٩).

(٢) فِي أ: لَهُ.

فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَعَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدَةٍ عُزَّةٌ، نِصْفُهَا لِهَذَا الْجَنِينِ، وَنِصْفُهَا لِلْآخَرِ، وَحُكْمُ الدِّيَةِ مَا سَبَقَ، فَإِنْ كَانَا عَبْدَيْنِ، فَهُمَا مُهْدَرَانِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا، فَنِصْفُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ فِي تَرْكِةِ الْحُرِّ، وَنِصْفُ دِيَةِ الْحُرِّ تَتَعَلَّقُ بِتِلْكَ الْقِيَمَةِ؛ فَإِنَّهَا بَدَلُ الرُّقْبَةِ، فَإِنْ كَانَتَا مُسْتَوْلَدَتَيْنِ، وَتَسَاوَتِ الْقِيَمَتَانِ، تَقَاصَّتَا، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا تُسَاوِي مَائَتَيْنِ، وَالْأُخْرَى مِائَةً، فَصَلَّ لِصَاحِبِ النَّفْسِ خَمْسُونَ بَعْدَ التَّقَاصُّ، وَإِنْ كَانَتَا حَامِلَتَيْنِ وَقِيَمَةُ كُلِّ عُزَّةٍ أَرْبَعِينَ، فَصَاحِبُ النَّفْسَةِ يَسْتَحِقُّ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِنْ جُمْلَةِ مَائَتَيْنِ وَأَرْبَعِينَ، وَلَكِنْ قِيَمَةُ الْخَسِيسَةِ مِائَةً، وَلَا يَجِبُ (و) عَلَى سَيِّدِ الْمُسْتَوْلَدَةِ إِلَّا أَقَلُّ الْأُمْرَيْنِ، فَعَلَيْهِ مِائَةٌ، لَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ سَبْعِينَ مِنْ جُمْلَةِ مِائَةٍ وَأَرْبَعِينَ، فَيَفْضَلُ عَلَيْهِ ثَلَاثُونَ، وَإِنْ أَصْطَلَمَتْ سَفِيهَتَانِ، فَالْمَلَأُحُ كَالرَّائِبِ، وَالسَّفِيهَةُ كَالدَّائِبَةِ، وَعَلَبَةُ الرِّيَاحِ كَعَلَبَةُ الدَّائِبَةِ، وَلَوْ كَانَ فِي كُلِّ سَفِيهَةٍ عَشْرَةُ أَنْفُسٍ وَأَمْوَالٌ، فَهُمَا شَرِيكَا فِي قَتْلِ الْعِشْرِينَ وَإِثْلَابِ الْأَمْوَالِ، وَإِذَا قَالَ الْمَلَأُحُ: كَانَ ذَلِكَ بِالرِّيِّحِ، صُدِّقَ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ أَشْرَفَتْ سَفِيهَةٌ عَلَى الْغُرْقِ، فَقَالَ الْخَائِفُ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ عَلَى غَيْرِهِ: أَلَوْ مَنَاعُكَ، وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ، لَزِمَهُ لِحَاجَةِ الْفِدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مُلْقِي الْمَنَاعِ أَيْضًا مُخْتَاجًا، لَزِمَهُ أَيْضًا.

وَقِيلَ: يَسْقُطُ بِقَدْرِ حِصَّةِ الْمَالِكِ.

وَلَوْ كَانُوا عَشْرَةً، سَقَطَ الْعُشْرُ، وَلَوْ كَانَ الْمُخْتِاجُ هُوَ الْمَالِكُ فَقَطْ، فَأَلْقَى بِضَمَانِ غَيْرِهِ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ الْأَخْذُ، وَلَوْ قَالَ الْمُتَمِيسُ: أَلَوْ، وَرُكْبَانُ السَّفِيهِ ضَامُونَ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّوْزِيعَ، يُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَزِمَهُ حِصَّتُهُ، وَالرَّاكِبُونَ إِنْ رَضُوا بِهِ، لَزِمَهُمْ، وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ رَجَعَ حَبْرُ الْمَنْجَنِيْقِ عَلَى الرُّمَّةِ، وَكَانُوا عَشْرَةً، فَيُهْدَرُ مِنْ دَمِ كُلِّ وَاحِدٍ عُشْرُهُ، فَإِنْ أَصَابَ غَيْرُهُمْ، فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ، إِلَّا إِذَا قَصَدُوا شَخْصًا، وَقَدَرُوا عَلَى إِصَابَتِهِ فَهُوَ عِنْدُ.

وَإِنْ قَدَرُوا عَلَى إِصَابَةِ وَاحِدٍ مِنَ الْجَمْعِ، لَا يَعْنِيهِ، فَهُوَ خَطَأٌ فِي حَقِّ ذَلِكَ الْوَاحِدِ.

وَلَوْ جَرَحَ مُزْتَدًا، فَاسْلَمَ، ثُمَّ عَادَ الْجَارِحُ مَعَ ثَلَاثٍ، فَجَرَحُوهُ فَالْجُنَاةُ أَرْبَعَةٌ (و)؛ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ رُبْعُ الدِّيَةِ، وَالْجَانِي فِي الْحَالَتَيْنِ، لَزِمَهُ الرُّبْعُ بِجَرَاخَتَيْنِ؛ إِحْدَاهُمَا مُهْدَرَةٌ، فَيَعُودُ حِصَّتُهُ إِلَى الثُّمَنِ.

وَقِيلَ: يُوزَعُ عَلَى الْجَرَاخَاتِ، وَيُقَالُ: الْجَرَاخَاتُ خَمْسٌ، فَيَسْقُطُ الْخَمْسُ وَيَبْقَى عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَرْبَعَةِ خَمْسُ الدِّيَةِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ الْعَبْدِ الْجَانِي، فَجَنَى بَعْدَهُ، ثُمَّ مَاتَ فَأَرِشُ الْيَدِ يَخْتَصُّ بِهِ الْمَجْنِي عَلَى أَوَّلَى، وَالْبَاقِي يُشَارِكُهُ فِيهِ الْمَجْنِي عَلَيْهِ ثَانِيًا؛ لِأَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ الْجَنَائَتَيْنِ وَقَطَعَ بَعْدَ إِحْدَى الْجَنَائَتَيْنِ، وَإِنْ فَضَّلَ مِنْ أَرْضِ الْأَوَّلَى، فَالْفَاضِلُ مِنْ أَرْضِ الطَّرَفِ لِلْسَيِّدِ، وَقِيَمَةُ النَّفْسِ لِلْمَجْنِي عَلَيْهِ ثَانِيًا، وَالْقَاتِلُ بِالسَّخْرِ، إِذَا أَقْرَ بِالتَّعَمُّدِ، يَلْزِمُهُ (و) الْقِصَاصُ، وَإِنْ أَقْرَ بِالْخَطَا أَوْ شَبِهَ الْعَمْدِ، فَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، لَوْ أَقْرُوا.

(الْقِسْمُ الثَّالِثُ: مِنَ الْكِتَابِ فِيمَنْ عَلَيْهِ الدِّيَةُ)

وَهُوَ الْجَانِي، إِنْ كَانَ عَمْدًا، وَالْعَاقِلَةُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَمْدًا، وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِ:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ): فِي جِهَةِ الْعَقْلِ وَصِفَةِ الْعَاقِلَةِ:

(أَمَّا الْجِهَةُ، فَثَلَاثَةٌ): الْعُصْبَةُ، وَالْوَلَاءُ، وَبَيْتُ الْمَالِ، أَمَّا الْمُحَالَفَةُ وَالْمُؤَالَاةُ، فَلَا تُوجِبُ الْعَقْلَ (ح).

(الْجِهَةُ الْأُولَى): الْقَرَابَةُ، وَهُوَ كُلُّ عَصْبَةٍ سِوَى أَبْعَاضِ الْجَانِي مِنْ آبَائِهِ وَبَنِيهِ، فَإِنْ كَانَ أَبْنَاهُ ابْنُ أَبْنٍ عَمَّهَا، فَبِی الضَّرْبِ وَجْهَانِ، وَفِي تَقْدِيمِ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ قَوْلَانِ.

(الْجِهَةُ الثَّانِيَةُ: الْوَلَاءُ)، فَإِنْ لَمْ يُصَادَفْ عَصْبَتُهُ، فَعَلَى مُعْتَقِ الْجَانِي، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَعَصَبَاتُ الْمُعْتَقِ، ثُمَّ مُعْتَقُ الْمُعْتَقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتَقُ أَبِي الْمُعْتَقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ، هَكَذَا عَلَى التَّرْتِيبِ؛ كَالْمِيرَاثِ، وَفِي دُخُولِ ابْنِ الْمُعْتَقِ وَأَبِيهِ وَجْهَانِ، وَإِذَا اغْتَصَبَ الْمَرْأَةُ لَمْ يُضْرَبْ عَلَيْهَا، بَلْ عَلَى عَصَبَاتِهَا؛ كَمَا يُزَوِّجُونَ عَتِيقَتَهَا، وَالشُّرَكَاءُ فِي عِنَقِ عَبْدٍ وَاحِدٍ، كَشَخْصٍ وَاحِدٍ؛ لَا يَلْزَمُهُمْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ دِينَارٍ؛ فَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ عَصَبَاتِهِ لَا يَحْمِلُ أَكْثَرَ مِنْ حِصَّةِ الْمُعْتَقِ، لَوْ كَانَ حَيًّا، وَمَا دَامَ الْمُعْتَقُ حَيًّا، فَلَا يَزُقُّ إِلَى عَصَبَاتِهِ، وَإِنْ فَضَلَ عَنْهُ شَيْءٌ؛ إِذْ لَا وَلَاءَ لَهُمْ، فَإِنْ مَاتَ، فَعَصَبَاتُهُ كَعَصَبَاتِ الْجَانِي، وَفِي تَحْمِلِ الْعَتِيقِ عَنِ الْمُعْتَقِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَحَمَّلُ، فَاجْتَمَعَ الْمَوْلَى الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ فَلَا أَعْلَى أُولَى، وَالْمُتَوَلَّدُ بَيْنَ الْعَتِيقِ وَالْعَتِيقَةِ يَجِبُ عَقْلُهُ عَلَى مَوَالِي الْأَبِ تَرْجِيحًا لِجِهَةِ الْأَبْوَةِ، فَإِنْ تَوَلَّدَ مِنْ عَتِيقَةٍ وَرَقِيقٍ، فَالْوَلَاءُ لِمَوَالِي الْأُمِّ، إِذْ لَا وَلَاءَ عَلَى الْأَبِ بَعْدَهُ، وَإِنْ أَعْتَقَ الْأَبُ، أَنْجَرَ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ، فَإِنْ جَنَى الْوَلَدُ قَبْلَ جَرِّ الْوَلَاءِ، فَأَرِشُ الْجَنَايَةَ عَلَى مَوَالِي الْأُمِّ، وَمَا زَادَ بِسَرَايَةِ بَعْدَ الْجَرِّ عَلَى الْجَانِي؛ لِأَنَّهُ نَتِيجَةُ جَنَايَتِهِ قَبْلَ الْجَرِّ، فَلَا يَحْمِلُهُ مَوَالِي الْأَبِ وَلَئِنْ حَصَلَ بَعْدَ الْجَرِّ فَلَا يَحْمِلُهُ مَوَالِي الْأُمِّ، وَلَئِنْ لَمْ يَحِلَّ عَنِ الْمَوَالِي، فَلَا يَحْمِلُهُ بَيْتُ الْمَالِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْنِ قَبْلَ الْجَرِّ، فَسَرَى بَعْدَهُ، فَعَلَى مَوَالِي الْأُمِّ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ الْبَدْنِ وَالرُّجُلَيْنِ.

(الْجِهَةُ الثَّالِثَةُ: بَيْتُ الْمَالِ):، فَإِذَا لَمْ نَجِدِ الْعُصْبَةَ وَالْوَلَاءَ، أَخَذْنَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، إِنْ كَانَ الْجَانِي مُسْلِمًا، فَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا، رَجَعْنَا (و) إِلَى الْجَانِي.

(أَمَّا الصَّفَاتُ)، فَلَا يُضْرَبُ عَلَى مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ وَأَمْرَأَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْتِقَةً، وَلَا عَلَى مُخَالِفٍ فِي الدِّينِ، فَلَا يَحْمِلُ مُسْلِمٌ مِنَ الذَّمِّ، وَلَا الذَّمِيُّ مِنَ الْمُسْلِمِ، وَفِي تَحْمِلِ الْيَهُودِيِّ مِنَ النَّصْرَانِيِّ قَوْلَانِ، وَالْحَزْبِيُّ لَا يَتَحَمَّلُ (و)، وَالْمُعَاهِدُ كَالذَّمِيِّ إِذَا لَمْ يَنْصَرِمَ عَنْهُ قَبْلَ مُضِيِّ أَجْلِ الضَّرْبِ، وَلَا يُضْرَبُ عَلَى فَقِيرٍ، وَإِنْ كَانَ مُعْتَمَلًا، وَيُضْرَبُ عَلَى الْعَيْنِيِّ نِصْفُ (ح م) وَدِينَارٍ، وَهُوَ الَّذِي مَلَكَ عَشْرِينَ دِينَارًا بَعْدَ الْمَسْكَنِ وَمَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ الرُّبْعُ، وَهُوَ الَّذِي يَمْلِكُ أَقْلًا مِنْ ذَلِكَ، وَلَكِنْ مَلَكَ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ، وَيُنْظَرُ إِلَى الْيَسَارِ فِي آخِرِ السَّنَةِ، فَلَوْ طَرَأَ الْيَسَارُ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا، فَلَا أَلْتِفَاتُ إِلَيْهِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ التَّوْزِيعِ)، وَالْبِدَايَةُ بِأَقْرَبِ (ح) الْعَصَبَاتِ، وَلَا يُضْرَبُ عَلَى وَاحِدٍ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ أَوْ رُبْعٍ، وَهُوَ حِصَّةُ كُلِّ سَنَةٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ حِصَّةُ جَمِيعِ السِّنِينَ.

ثُمَّ إِنْ فَضَلَ مِنَ الْأَفْرَيْنِ شَيْءٌ، تَرَفَّقْنَا إِلَى مَنْ بَعَدَهُمْ، ثُمَّ إِلَى الْمُغَنَّقِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَصَبَةً، أَخَذْنَا بِقِيَّةِ الْوَاجِبِ آخِرَ السَّنَةِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ أَخَذْنَا مِنَ الْجَانِي؛ عَلَى أَقْسَى الْوَجْهَيْنِ؛ حِذَاراً مِنَ التَّغْطِيلِ.
وَقِيلَ: يُنْتَظَرُ يَسَارُ بَيْتِ الْمَالِ.

وَأَمَّا الذَّمِّيُّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ، فَيُطَالَبُ بَعْدَ مُضِيِّ الْأَجْلِ^(١)؛ إِذَا لَا يُنْتَظَرُ لَهُ بَيْتُ الْمَالِ؛ وَكَذَا إِذَا أُعْتَرِفَ بِالْخَطَا، وَأُنْكَرَ الْعَاقِلَةُ، وَلَا بَيِّنَةٌ، إِذَا لَا يُنْتَظَرُ إِفْرَارُ الْعَاقِلَةِ، فَإِنْ أَقْرُوا عَلَى قُدُورٍ، وَقَعَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِمْ.

وَمَا دُونَ أَرْضِ الْمَوْضِحَةِ مَضْرُوبٌ (ح م و) عَلَى الْعَاقِلَةِ، بَلْ لَوْ كَانَ الْأَرْضُ يَنْصَفَ دِينَارٍ، وَرَغْنَاهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانُوا مِائَةَ طُولِبَ جَمِيعُهُمْ يَنْصَفَ دِينَارٍ مُشْتَرَكٍ؛ عَلَى وَجْهِهِ.
وَعَلَى وَجْهِهِ يُعَيَّنُ الْقَاضِي وَاحِداً؛ كَيْ لَا يَغْسِرَ الطَّلَبُ.

(وَأَمَّا الْأَجَلُ)، فَهُوَ فِي دِيَّةٍ كَامِلَةٍ ثَلَاثُ سِنِينَ، وَهِيَ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ^(٢) يُؤْخَذُ ثُلُثُهَا فِي آخِرِ كُلِّ سَنَةٍ، فَلَوْ وَجَبَ مِائَتَانِ مِنَ الْإِبِلِ فِي عَبْدٍ، وَقُلْنَا: يَحْمِلُ (و) فَهُوَ مَضْرُوبٌ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ نَظَرَا إِلَى أَنَّهُ بَدَلَ نَفْسٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ فِي سِتِّ سِنِينَ؛ نَظَرَا إِلَى الْقَدْرِ.

وَعَلَى هَذَا يُضْرَبُ دِيَّةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ فِي سَنَةٍ، وَدِيَّةُ الْمَجُوسِيِّ فِي سَنَةٍ، وَغُرَّةُ الْجَنِينِ أَيْضاً فِي سَنَةٍ؛ لِأَنَّ السَّنَةَ لَا تَتَجَزَأُ، وَدِيَّةُ الْمَرْأَةِ فِي سَتْنَيْنِ، وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدٌ ثَلَاثَةً، فَيُضْرَبُ ثَلَاثُمِائَةً مِنَ الْإِبِلِ فِي تِسْعِ سِنِينَ؛ عَلَى وَجْهِهِ؛ نَظَرَا إِلَى الْقَتْلِ، أَوْ إِلَى أَنَّ الثَّلَاثَةَ الْأَنْفُسَ لَا يَكُونُونَ كَنَفْسٍ وَاحِدَةٍ، وَيُضْرَبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ الْأَجَالَ لِلدُّيُونِ الْمُتَفَرِّقَةِ تَسَاوُقٌ وَلَا تَتَعَاقَبُ، وَإِنْ قَتَلَ ثَلَاثَةً وَاحِداً، فَالْدِّيَّةُ الْوَاحِدَةُ مَضْرُوبَةٌ عَلَى الْعَوَاقِلِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثٌ؛ نَظَرَا إِلَى اتِّحَادِ الْمُسْتَحَقِّ.

وَقِيلَ: فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَدِيَّةُ يَدَيِ الشَّخْصِ كَنَفْسِهِ.

وَدِيَّةُ إِحْدَى الْيَدَيْنِ مِنَ الرَّجُلِ يُضْرَبُ فِي سَتْنَيْنِ؛ لِعَدَمِ النَّفْسِ وَتُقْضَى الْقَدْرُ.

(١) قال الرافعي: «وأما الذمي إذا لم يكن له عاقلة، فيطالب بعد مضي الأجل» هذا مكرر كالمكرر لقوله قبل ذلك: «وإن كان ذمياً رجعتا إلى الجاني، وكأنه أراد أن يبين أن ما قيل في حق المسلم أنه ينتظر يسار بيت المال لا مجال له في حق الذمي؛ لأنه لا يتحمل عنه بيت المال؛ ثم قوله: بعد مضي الأجل لا حاجة إليه، فإن الدية المحتملة لا تكون إلا مؤجلة، والمطالبة لا تكون إلا بعد انقضاء الأجل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما الأجل فهو في دية كاملة ثلاث سنين وهي مائة من الإبل» لا حاجة إلى قوله: وهي مائة من الإبل، فقد سبق ما بيينه. [ت]

وَلَوْ قَطَعَ يَدَيِ إِنْسَانٍ وَرَجَلَيْهِ، فَهُوَ كَقَتْلِ نَفْسَيْنِ، وَمَنْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالنَّظَرُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، وَالغَائِبُ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالْمَعْدُومِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَنَعْنِي بِهِ غَيْبَةً تَمْنَعُ التَّحْصِيلَ فِي سَنَةٍ.

وَأَوَّلُ الْحَوْلِ يُحْسَبُ مِنْ وَقْتِ الرُّفْعِ إِلَى الْقَاضِي^(١)، سَوَاءَ شَعَرَ بِهِ الْعَاقِلُ أَوْ لَمْ تَشْعُرْ، لَا مِنْ وَقْتِ الْجَنَائَةِ، وَلَوْ سَرَتْ الْجَنَائَةُ بَعْدَ الدَّفْعِ، فَحَوْلُ أَرْضِ السَّرَايَةِ مِنْ وَقْتِ السَّرَايَةِ^(٢).

وَلَوْ جَنَى الْعَبْدُ، فَأَرْشُهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ؛ حَتَّى يُطَالَبَ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٣)، فَإِنْ تَعَلَّقَ، فَهَلْ يَصِحُّ ضَمَانُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ الْفِدَاءَ، فَلَهُ ذَلِكَ، وَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ، أَوْ أَرْضِ الْجَنَائَةِ؛ فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ اخْتَرْتُ الْفِدَاءَ، لَمْ يَلْزَمَهُ مَا لَمْ يُسَلِّمْ؛ فِي أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ جَنَتِ الْمُسْتَوْلَدَةُ، فَعَلَى السَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مَانِعٌ بِالْإِسْتِيلَادِ، فَلَوْ جَنَتْ مَرَارًا، وَلَمْ يَتَخَلَّلْ فِدَاءً، فَهِيَ كَجَنَائَةِ وَاحِدَةٍ، فَتَجْمَعُ وَيَلْزَمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ، وَلَوْ تَخَلَّلَ فِدَاءً، لَزِمَهُ فِدَاءٌ جَدِيدٌ؛ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي يُسْتَرَدُّ الْأَوَّلُ، وَيُورَعُ عَلَيْهِمَا، وَوَطْءُ الْجَارِيَةِ الْجَنَائَةِ لَيْسَ اخْتِيَارًا لِلْفِدَاءِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

(الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الْكِتَابِ: فِي غُرَّةِ الْجَنِينِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ:

(الطَّرَفُ الْأَوَّلُ فِي الْمَوْجِبِ)، وَهِيَ جَنَائَةُ تَوْجِبُ انْفِصَالَ الْجَنِينِ مَيِّتًا، فَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ، وَمَاتَ الْأُمُّ، فَلَا شَيْءَ، وَإِنْ انْفَصَلَ بَعْدَ مَوْتِ الْأُمِّ، وَجَبَ (ح م)، وَلَنْ انْفَصَلَ حَيًّا، وَلَوْ عَلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِينَ، ثُمَّ مَاتَ، فَدِيَّةٌ كَامِلَةٌ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِمَا دُونَ سَنَةِ أَشْهُرٍ، وَتِلْكَ الْحَيَاةُ لَا تَدُومُ، بَلْ لَوْ لَمْ تَكُنْ جَنَائَةً، فَقَتِلَ مِثْلُ هَذَا الْجَنِينِ، وَجَبَ الْقِصَاصُ؛ كَقَتْلِ مَرِيضٍ مُشْرِفٍ عَلَى الْمَوْتِ، وَلَوْ خَرَجَ رَأْسُ الْجَنِينِ، وَمَاتَتِ الْأُمُّ، وَجَبَتِ الْغُرَّةُ (م)؛ لِتَيَقُّنِ الْجَنِينِ.

وَقِيلَ: لَا يَجِبُ؛ لِعَدَمِ الْإِنْفِصَالِ.

وَكَذَا الْوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ قُدَّتْ بِنِصْفَيْنِ، فَأَنْكَشَفَ الْجَنِينُ فِي بَطْنِهَا؛ وَكَذَا الْوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ خَرَجَ رَأْسُ الْجَنِينِ، فَصَاحَ، فَخُرَّتْ رَقَبَتُهُ، فَمَنْ لَا يَتَعَدَّى بِهِذَا الْإِنْفِصَالَ، لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ، وَلَا كَمَالَ الدِّيَّةِ، وَلَوْ أَجْهَضَتْ يَدًا، وَمَاتَتْ، وَجَبَتْ غُرَّةٌ، إِذَا تَيَقَّنَا وُجُودَ جَنِينِهَا، وَلَوْ أَلْقَتْ أَرْبَعَةَ أَيِّدٍ

(١) قال الرافعي: «وأول الحول يحسب من وقت الرفع إلى القاضي» كذا ذكر هاهنا، وفي الوسيط، وهو كالمنفرد بهذا النقل، وكتب الأصحاب متفقة على أن ابتداء الحول من وقت الموت. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو سرّت الجنابة بعد الدفع فحول أرض السراية من وقت السراية» هذا يجري على أن الابتداء في وقت الرفع. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وهل يتعلق بذمته حتى يطالب به بعد العتق» فيه قولان قيل وجهان. [ت]

وَرَأْسَيْنِ، لَمْ يَزِدْ عَلَى غُرَّةٍ، فَرُبَّ شَخْصٍ لَهُ رَأْسَانِ، وَلَوْ أَلْقَتْ بَدَنَيْنِ، فِدَيْتَانِ؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُ الْبَدَنَانِ لِشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ أَلْقَتْ يَدَيْنِ، ثُمَّ خَرَجَ جَنَيْنٌ حَيٌّ بِلَا يَدَيْنِ، فِدِيَةٌ كَامِلَةٌ لِلْيَدَيْنِ، وَإِنْ كَانَ سَلِيمَ الْيَدَيْنِ، فَحُكُومَةٌ لَهُمَا.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي الْمَوْجِبِ فِيهِ)، وَهُوَ الْجَنَيْنُ الَّذِي بَدَأَ فِيهِ التَّخْطِيطُ، وَلَوْ فِي طَرَفٍ مِنْ أَطْرَافِهِ، وَإِذَا أَذْرَكَتِ الْقَوَائِلُ، كَفَى ذَلِكَ، لَا شَيْءَ فِي إِنْجِهَاضِ الْمُضْغَةِ وَالْعَلَقَةِ قَبْلَ التَّخْطِيطِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(١)، ثُمَّ فِي الْجَنَيْنِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ غُرَّةٌ، وَفِي الْجَنَيْنِ الْكَافِرِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

(أَحَدُهَا): غُرَّةٌ وَلَا يَبَالِي بِالتَّسْوِيَةِ.

(وَالثَّانِي): ثَلَاثُ الْغُرَّةِ.

(وَالثَّلَاثُ): لَا يَجِبُ شَيْءٌ.

فَإِنْ قُلْنَا بِالثَّلَاثِ، فَالْمُتَوَلَّدُ مِنْ نَضْرَائِي وَمَجُوسِي، قِيلَ: إِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالْأَخْفِ.

وَقِيلَ: بِالْأَغْلَظِ.

وَقِيلَ: الْعِبْرَةُ بِجَانِبِ الْأَبِ.

وَلَوْ جَنَى عَلَى ذِمَّةٍ، فَاسْلَمَتْ، ثُمَّ أَجْهَضَتْ، فَغُرَّةٌ كَامِلَةٌ، نَظَرًا إِلَى حَالِ الْإِنْفِصَالِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى حَزْبِيَّةٍ، فَاسْلَمَتْ، ثُمَّ أَجْهَضَتْ، فَفِي ضَمَانِ الْجَنَيْنِ وَجْهَانِ؛ كَمَا لَوْ رَمَى إِلَى حَزْبِيٍّ فَاسْلَمَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ، أَمَّا الْجَنَيْنُ الرَّقِيقُ، فَفِيهِ عَشْرُ قِيَمَةٍ الْأُمِّ، وَيُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ عَلَى الصَّحِيحِ يَوْمَ الْجَنَائَةِ، لَا يَوْمَ الْإِنْجِهَاضِ؛ أَخْذًا بِالْأَغْلَظِ، فَلَوْ كَانَ الْجَنَيْنُ سَلِيمًا، وَالْأُمُّ مَقْطُوعَةَ الْأَطْرَافِ، قُدِّرَتْ سَلِيمَةً الْأَطْرَافِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ كَمَا يُقَدَّرُ إِسْلَامُهَا وَحُرَّتُهَا، إِذَا كَانَ الْجَنَيْنُ كَذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ الْجَنَيْنُ مَقْطُوعَ الْأَطْرَافِ، فَلَا تُقَدَّرُ الْأُمُّ مَقْطُوعَةً؛ عَلَى الصَّحِيحِ؛ إِذْ ذَاكَ فِي الْجَنَيْنِ مِنْ أَثَرِ الْجَنَائَةِ.

(الطَّرْفُ الثَّلَاثُ: فِي صِفَةِ الْغُرَّةِ)، وَهُوَ رَفِيقُ سَلِيمٍ مِنْ عَنِيبٍ يُثْبِتُ الرَّدَّ فِي الْبَيْعِ، سِتُّهُ فَوْقَ سَبْعٍ، وَدُونَ خَمْسٍ عَشْرَةٍ، إِنْ كَانَ غُلَامًا، وَدُونَ الْعِشْرِينَ، إِنْ كَانَتْ أُنْثَى.

وَقِيلَ: تُؤْخَذُ الْكَبِيرَةُ مَا لَمْ تَضْعُفْ بِالْهَرَمِ، وَفِي نَقَاسَةِ قِيَمَتِهَا وَجْهَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِيهِ بَعْدَ وُجُودِ السِّنِّ وَالسَّلَامَةِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَنْقُصَ عَنْ قِيَمَةِ خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ الْعَقْدِ نَزَجُ إِلَى خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ؛ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ^(٢).

(١) قال الرافعي: «ولا شيء في إجهاض المضغة والعلقة قبل التخطيط على الأصح» الجمهور سكتوا عن الخلاف في العلقه، وخصصوه بالمضغة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «لأن عند العقد نرجع إلى خمس من الإبل في القول الجديد» قيل: هذا هو القديم، والجديد ما يقابله. [ت]

وفي القديم نَزَجُ إِلَى قِيَمَةِ الْغُرَّةِ مَنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ، ثُمَّ تُصَرَّفُ الْغُرَّةُ إِلَى وَارِثِ الْجَنِينِ، وَهُوَ الْأُمُّ وَالْعَصْبَةُ، وَتَلَزُمُ عَاقِلَةُ الْجَانِي؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ قَتْلُ الْجَنِينِ عَمْدًا؛ إِذْ لَا تَتَيَقَّنُ حَيَاتُهُ بِحَالٍ، وَأَرِشُ أَلَمِ الْأُمِّ يَنْدَرِجُ تَحْتَ الْغُرَّةِ، إِنْ لَمْ يَتَقَّ شَيْئٌ، فَإِنْ بَقِيَ، وَجَبَ حُكُومَةُ الشَّيْئِ.

(بَابُ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ)

كُلُّ حَيٍّ مُلْتَزِمٍ، إِذَا قَتَلَ قَتْلًا غَيْرَ مُبَاحٍ، آدَمِيًّا مَغْضُومًا، فَعَلَيْهِ تَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤِمَّةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ، فَلَا إِطْعَامَ؛ عَلَى الْمَذْهَبِ، نَعَمْ، لَوْ مَاتَ، فَفِي كُلِّ يَوْمٍ مَدَّةٌ؛ كَمَا فِي رَمَضَانَ، فَيَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِالْخَطَا وَحَفَرِ الْبُئْرِ، وَعَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَجِبُ فِي قَتْلِ الصَّائِلِ، وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَالرَّجْمُ، وَلَا عَلَى حَزْبِيٍّ، وَفِي وَجُوبِهِ عَلَى مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ أَوْ حَفَرَ بِشْرًا، فَتَرَدَّى فِيهِ غَيْرُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَجَهَانٍ؛ إِذْ يَتَعَدُّ إِنْشَاءُ عِبَادَةٍ عَلَى مَيِّتٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَا كَفَّارَةُ فِي قَتْلِ نِسَاءِ أَهْلِ الْحَزْبِ وَذَرَارِيهِمْ، وَيَجِبُ فِي الْمُعَاهِدِ وَالْمَمْلُوكِ، إِذَا قَتَلَهُ السَّيِّدُ؛ لَوْجُودِ الْعِصْمَةِ؛ وَكَذَا فِي الْمُسْلِمِ، وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الْحَزْبِ، فَإِذَا رَمَى إِلَى صَفِّ الْكُفَّارِ، وَلَمْ يَدْرِ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا، فَأَصَابَ، فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ، وَلَا دِيَّةَ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا، وَلَمْ يَقْصِدْهُ، لَزِمَهُ الدِّيَّةُ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ^(١)؛ كَمَا لَوْ قَصَدَ شَخْصًا بَعِيْنِهِ، وَكَانَ قَدْ أَسْلَمَ قَبْلَ الرَّمْيِ، فَفِي دِيَّتِهِ قَوْلَانِ^(٢)، إِذَا كَانَ فِي صَفِّ الْكُفَّارِ.

وَالشَّرِيكُ فِي الْقَتْلِ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ كَامِلَةٌ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذِ الْعِبَادَةُ لَا تَنْجِزُ.

(١) قال الراعي: «إِذَا رَمَى إِلَى صَفِّ الْكُفَّارِ، وَلَمْ يَدْرِ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا فَأَصَابَ فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ، وَلَا دِيَّةَ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا وَلَمْ يَقْصِدْهُ لَزِمَتْهُ الدِّيَّةُ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ» الْأَحْسَنُ وَالْأَوَّلَى مَا ذَكَرَهُ فِي «التَّهْذِيبِ»، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا رَمَى إِلَى صَفِّ الْكُفَّارِ، وَلَمْ يَعْنِ شَخْصًا أَوْ عَيْنَ كَافِرًا، فَأَخْطَأَ وَأَصَابَ مُسْلِمًا، فَلَا قِصَاصَ وَلَا دِيَّةَ وَإِنْ عَيْنَ شَخْصًا فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ فَلَا قِصَاصَ. [ت]

(٢) قال الراعي: «وَفِي الدِّيَّةِ قَوْلَانِ» وَيُشَبَّهُ أَنْ يَكُونَ هَذَانِ الْقَوْلَانِ هُمَا الْقَوْلَانِ الْمَذْكُورَانِ فِيمَا إِذَا قَتَلَ مَنْ ظَنَّهُ كَافِرًا لَكُونَهُ عَلَى زِيٍّ أَهْلِ الشَّرْكِ، وَالْأَظْهَرُ فِيهِمَا أَنَّهُ لَا تَجِبُ الدِّيَّةُ، وَسَوَى عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ بَيْنَ أَنْ يَسْرِفَ أَنْ فِيهِمْ مُسْلِمًا أَوْ لَا يَعْرِفُ. [ت]

(كِتَابُ دَعْوَى الدِّمِ)

وَالنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

(الْأَوَّلُ: الدَّعْوَى)، وَلَهَا خَمْسَةُ شُرُوطٍ:

(الْأَوَّلُ) أَنْ يَتَعَلَّقَ بِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ بِأَشْخَاصٍ مُعَيَّنِينَ.

فَلَوْ قَالَ: قَتَلَ أَبِي وَاحِدٌ مِنْ هَؤُلَاءِ الْعَشْرَةِ، وَلَا أَعْرِفُ عَيْنَهُ، وَأُرِيدُ يَمِينَ كُلِّ وَاحِدٍ فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يُجَابُ إِلَيْهِ^(١)؛ لِأَنَّهُ يَنْصَرُّ بِالْمَنْعِ، وَهَؤُلَاءِ لَا يَنْصَرُّونَ بِالْيَمِينِ؛ وَكَذَا فِي دَعْوَى الْغَضَبِ وَالسَّرِقَةِ؛ بِخِلَافِ الْقَبْضِ وَالبَيْعِ فِي الْمُعَامَلَاتِ؛ فَإِنَّهُ بِالنِّسْيَانِ مُقَصِّرٌ.

وَقِيلَ: يُسْمَعُ فِي الْمُعَامَلَاتِ.

وَقِيلَ: لَا يُسْمَعُ إِلَّا فِي الدِّمِ.

(الثَّانِي): أَنْ تَكُونَ مَفْصَلَةً فِي كَوْنِهِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً أَوْ مُشْرَكَةً، فَإِنْ أَجْمَلَ، اسْتَفْصَلَ الْقَاضِي.

وَقِيلَ: يُعْرَضُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِفْصَالَ تَلْقِينٌ، وَلَوْ قَالَ: قَتَلَ أَبِي خَطَأً مَعَ جَمَاعَةٍ، وَلَمْ يَخْصُرْهُمْ، لَمْ يُسْمَعْ؛ إِذْ حِصَّتْهُ مِنَ الدِّيَةِ لَا تَتَبَّيْنُ، وَلَوْ أَدَّعَى الْعَمْدَ، وَقُلْنَا: مُوجِبُهُ الْقَوْدُ الْمَحْضُ، سَمِعَ، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدٌ لَا يَعْنِيهِ، فَوَجْهَانِ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعِي مُكَلَّفًا مُلْتَزِمًا، وَلَا يَضُرُّهُ كَوْنُهُ جَنِينًا حَالَةَ الْقَتْلِ؛ إِذْ يُعْرَفُ ذَلِكَ

بِالتَّسَامُعِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ مُكَلَّفًا، فَإِنْ كَانَ سَفِيهًا، صَحَّ فِيمَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ السَّفِيهِ فِيهِ،

وَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ، صَحَّ؛ لِأَجْلِ إِنْكَارِهِ؛ حَتَّى تُسْمَعَ الْبَيِّنَةُ، وَيُعْرَضَ الْيَمِينُ عَلَيْهِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، إِذْ يَنْقَطِعُ الْخُصُومَةُ بِحَلْفِهِ.

(الخَامِسُ): أَلَّا يَتَنَاقَضَ دَعْوَاهُ، فَإِنْ أَدَّعَى عَلَى شَخْصٍ؛ أَنَّهُ مُنْفَرِدٌ بِالْقَتْلِ، ثُمَّ أَدَّعَى عَلَى غَيْرِهِ

الشَّرَكَةَ، لَمْ يُسْمَعِ الدَّعْوَى الثَّانِيَّةُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَى تُكَذِّبُهُ، فَلَوْ صَدَّقَهُ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ ثَانِيًا، كَانَ لَهُ الْمُواخَذَةُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَعْدُوهُمَا، وَلَوْ اسْتَفْصَلَ فِي الْعَمْدِ، فَقَصَلَهُ بِمَا لَيْسَ بِعَمْدٍ، لَمْ تُبْطَلْ دَعْوَاهُ أَصْلُ الْقَتْلِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: ظَلَمْتُهُ بِأَخْذِ الْمَالِ، وَفُسِّرَ بِأَنَّهُ كَذَبَ فِي الدَّعْوَى، اسْتُرِدَّ، وَلَوْ فُسِّرَ بِأَنَّهُ حَقَّقِي لَا يَرَى الْقِسَامَةَ، وَقَدْ أَخَذَ بِهَا، لَمْ يَسْتُرِدَّ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ

(١) قال الرافعي: «فلو قال قتل أبي واحد من هؤلاء العشرة، ولا أعرف عينه، وأريد عين كل واحد، فالصحيح أنه يجاب إليه» الأصح عند صاحب التهذيب وجماعة خلافه وسكت في الوسيط عن الترجيح وإن لم يقبل إقراره صح لأجل إنكاره حتى تسمع البينة، ويعرض اليمين عليه على الصحيح، إذ تنقطع الخصومة بحلفه الأشبه باختيار كلام الأصحاب أنها لا تعرض عليه. [ت]

إِلَى رَأْيِ الْحَاكِمِ، لَا إِلَى الْخَصْمَيْنِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْقَسَامَةِ)، وَفِيهَا أَرْبَعَةُ أَزْكَانٍ:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: فِي مَظَنَّتِهَا)، وَهِيَ قَتْلُ الْحُرِّ فِي مَحَلِّ اللَّوْثِ، فَلَا قَسَامَةَ فِي الْمَالِ وَالْأَطْرَافِ، وَفِي الْعَبْدِ قَوْلَانِ، وَاللَّوْثُ قَرِينَةٌ حَالِ تَغْلِبِ الظَّنِّ؛ كَقَتْلِهِ فِي مَحَلَّةٍ بَيْنَهُمْ عَدَاوَةً، أَوْ قَتْلِهِ دَخَلَ صَفًّا، وَتَفَرَّقَ عَنْهُ جَمَاعَةٌ مَخْضُورُونَ، أَوْ قَتْلِهِ فِي صَفِّ الْحَصَمِ الْمُقَاتِلِ، أَوْ قَتْلِهِ فِي الصَّخْرَاءِ، وَعَلَى رَأْسِهِ رَجُلٌ مَعَهُ سِكِّينٌ، وَقَوْلُ الْمَجْرُوحِ: قَتَلَنِي فَلَانَ لَيْسَ بِلَوْثٍ، وَقَوْلُ وَاحِدٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَوْثٌ، وَقَوْلُ جَمْعٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ رَوَايَتُهُمْ لَوْثٌ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ قَوْلَ وَاحِدٍ لَوْثٌ، وَأَمَّا عَدَدٌ مِنَ الصَّبِيَّةِ وَالْفَسَقَةِ فِيهِمْ خِلَافٌ.

(وَأَمَّا) مُسْقِطَاتُ اللَّوْثِ، فَخَمْسَةٌ:

(الْأَوَّلُ): أَنْ يَتَعَذَّرَ إِظْهَارُهُ عِنْدَ الْقَاضِي، فَلَوْ ظَهَرَ عِنْدَ الْقَاضِي عَلَى جَمْعٍ، فَلِلْمُدَّعِي أَنْ يُعَيِّنَ، فَلَوْ قَالَ: الْقَاتِلُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، فَحَلَفُوا إِلَّا الْوَاحِدَ، فَلَهُ الْقَسَامَةُ عَلَى ذَلِكَ الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّ نُكُولَهُ لَوْثٌ، فَلَوْ نَكَلُوا جَمِيعًا، فَقَالَ: ظَهَرَ لِي الْآنَ لَوْثٌ مُعَيَّنٌ، وَقَدْ سَبَقَ مِنْهُ دَعْوَى الْجَهْلِ، فَفِي تَمَكُّنِهِ مِنَ الْقَسَامَةِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِي): إِذَا ظَهَرَ اللَّوْثُ فِي أَصْلِ الْقَتْلِ، دُونَ كَوْنِهِ خَطَأً أَوْ عَمْدًا، يُنْتَعَمُ مِنَ الْقَسَامَةِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ إِذْ لَيْسَ يَتَعَيَّنُ لِلخَطَابِ الْعَاقِلَةُ وَلَا الْجَانِي.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَدَّعِيَ الْجَانِي كَوْنَهُ غَائِبًا، فَإِذَا حَلَفَ، سَقَطَ بِيَمِينِهِ أَثَرُ اللَّوْثِ، فَإِنْ أَقَامَ عَلَى الْغَيْبَةِ بَيِّنَةٌ بَعْدَ الْحُكْمِ بِالْقَسَامَةِ، تُقْضَى الْحُكْمُ، وَلَوْ كَانَ وَقَتَ الْقَتْلِ مَحْبُوسًا أَوْ مَرِيضًا، وَلَمْ يُمْكِنْ كَوْنَهُ قَاتِلًا، إِلَّا عَلَى بُعْدٍ، فَفِي سُقُوطِ اللَّوْثِ بِهِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): لَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ؛ بِأَنَّ فَلَانًا قَتَلَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْقَتِيلَيْنِ، لَمْ يَكُنْ لَوْثًا، وَلَوْ قَالَ: قَتَلَ هَذَا الْقَتِيلَ أَحَدَ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ، فَهُوَ لَوْثٌ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ الْقَاتِلِ يَغْسُرُ.

وَقِيلَ: لَا لَوْثٌ فِي الْمُؤْصَعَيْنِ.

(الْحَامِسُ): تَكْذِيبُ أَحَدِ الْوَرَثَةِ، هَلْ يُعَارِضُ اللَّوْثُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

فَإِنْ قُلْنَا: يُبْطِلُ، فَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَ أَبَانَا زَيْدٌ وَرَجُلٌ آخَرُ، لَا أَعْرِفُهُ، وَقَالَ الْآخَرُ: قَتَلَهُ عَمْرُو وَرَجُلٌ آخَرُ لَا أَعْرِفُهُ، فَلَا يَتَكَادَبُ، فَلَعَلَّ مَا جَهِلَهُ هَذَا عَلِمَهُ ذَاكَ، ثُمَّ مُعَيَّنَ زَيْدٌ مُعْتَرِفٌ بِأَنَّ عَلَيْهِ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَحِصَّةً مِنْهَا الرُّبْعُ، فَلَا يُطَالَبُ إِلَّا بِالرُّبْعِ، وَكَذَا مُدَّعِي عَمْرُو، وَلَيْسَ مِنْ مُبْطِلَاتِ اللَّوْثِ إِلَّا يَكُونَ عَلَى الْقَتِيلِ أَثَرُ جُرْحٍ وَتَخْنِيقٍ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: كَيْفِيَّةُ الْقَسَامَةِ)، وَهُوَ أَنْ يَخْلِفَ الْمُدَّعِي خَمْسِينَ يَمِينًا مُتَوَالِيَةً فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ بَعْدَ التَّخْذِيرِ وَالتَّغْلِيظِ، فَلَوْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: تَجِبُ الْمَوَالَاةُ، فَإِنْ جُنَّ، ثُمَّ أَفَاقَ يُبْنَى لِلْعُذْرِ، وَلَوْ عَزَلَ الْقَاضِي، أَسْتَأْنَفَ (و)، وَلَوْ مَاتَ فِي أَثْنَائِهِ، أَسْتَأْنَفَ الْوَارِثُ، وَلَا قَسَامَةَ

فِي غَيْبَةِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهَا ضَعِيفَةٌ؛ بِخِلَافِ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ جَمَاعَةً، فَفِي تَوْزِيعِ الْخَمْسِينَ عَلَيْهِمْ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يُورَعُ، يَخْلَفُ كُلُّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ سَهْمِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ، فَالْثَّمَنُ وَالشُّدُسُ يَنْكَسِرُ، فَيَتَمَمُ الْيَمِينُ الْمُنْكَسِرَةُ، فَإِنْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ، أَوْ كَانُوا غِيَابًا، فَلَا يَأْخُذُ الْحَاضِرُ حِصَّتَهُ، مَا لَمْ يُيَمِّ خَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً، حَلَفَ الْأَوَّلُ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَأَخَذَ الثَّلَاثَ، وَإِذَا قُدِّمَ الثَّانِي، حَلَفَ ثَلَاثَ الْإِيمَانِ، وَأَخَذَ الثَّلَاثَ، وَإِذَا قُدِّمَ الثَّلَاثُ، حَلَفَ نِصْفَ الْإِيمَانِ، وَلَوْ خَلَفَ وَلَدًا خُنْثَى وَأَخًا لِأَبٍ، حَلَفَ الْخُنْثَى خَمْسِينَ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ مُسْتَعْرِقٌ، وَأَخَذَ نِصْفَ الدِّيَةِ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ أَثْنَى، فَإِنْ أَرَادَ الْإِخَ أَنْ يَخْلِفَ، حَلَفَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ يَمِينًا، وَفَائِدَتُهُ أَنْ يَنْتَزِعَ النُّصْفَ مِنَ يَدِ الْجَانِي، وَيُؤَقَفَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْخُنْثَى، فَإِذَا ظَهَرَ الْحَالُ، سُلِّمَ بِحُكْمِ الْيَمِينِ السَّابِقَةِ، هَذَا كُلُّهُ فِي يَمِينِ الْمُدْعَى، أَمْ سَائِرُ الْإِيمَانِ فِي الدَّمِ؛ كَيَمِينِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، فَفِي تَعَدُّهِ خَمْسِينَ قَوْلَانِ، وَيَجْرِيَانِ فِي الْأَطْرَافِ، مَعَ أَنَّ الْقَسَامَةَ لَا تَجْرِي فِيهَا^(١).

فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَدَّدُ فِي الطَّرَفِ، فَلَوْ نَقَصَ، فَفِي التَّوْزِيعِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَدَّعَى عَلَى أَثْنَيْنِ؛ أَكْثَمًا قَتَلًا، فَفِي التَّوْزِيعِ عَلَيْهِمَا قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي الْوَارِثَيْنِ، وَلَوْ كَانَ مَعَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، وَقُلْنَا: يَتَّحِدُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ، فَإِنْ شَهِدَ عَلَى اللُّوثِ، حَلَفَ مَعَهُ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَإِنْ شَهِدَ عَلَى الْقَتْلِ، حَلَفَ مَعَهُ وَاحِدَةً.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: فِي حُكْمِ الْقَسَامَةِ)، وَلَا يُنَاطُ بِهَا الْقِصَاصُ؛ عَلَى الْجَدِيدِ، بَلِ الدِّيَةُ مِنَ الْجَانِي، إِنْ حَلَفَ عَلَى الْعَمْدِ، وَمِنَ الْعَاقِلَةِ، إِنْ حَلَفَ عَلَى الْخَطِإِ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْقَسَامَةِ، وَنَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ، فَفِي تَمَكِينِهِ مِنَ الْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ قَوْلَانِ، وَكَذَا إِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَعَادَ إِلَى الْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِيمَنْ يَخْلِفُ)، وَهُوَ كُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ الدِّيَةَ، فَالْمُكَاتِبُ يُقْسِمُ عَلَى عَبْدِهِ، فَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْحَلْفِ وَالنُّكُولِ، حَلَفَ السَّيِّدُ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ النُّكُولِ، لَمْ يَخْلِفْ؛ كَمَا لَا يَخْلِفُ الْوَارِثُ بَعْدَ نُّكُولِ الْمُورِثِ، فَلَوْ قَتَلَ عَبْدُهُ، فَأَوْصَى بِقِيَمَتِهِ لِمُسْتَوْلَدَتِهِ، وَمَاتَ، فَلِلْمُورِثَةِ أَنْ يُقْسِمُوا، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ لِلْمُسْتَوْلَدَةِ؛ لِأَنَّ لَهُمْ حَقًّا فِي تَنْفِيزِ الْوَصِيَّةِ، فَإِنْ نَكَلُوا، فَلِلْمُسْتَوْلَدَةِ الْقَسَامَةَ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَكَذَا الْقَوْلَانِ فِي قَسَامَةِ الْغُرَمَاءِ، إِذَا نَكَلَ الْوَارِثُ، فَإِنْ لَمْ يُقْسِمُوا، فَلَهُمْ يَمِينُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ.

فَإِذَا قَطَعَ يَدَ الْعَبْدِ، وَعَقَّقَ، وَمَاتَ، وَكَانَتِ الدِّيَةُ مِثْلَ أَرْضِ الْيَدِ، وَقُلْنَا لَا قَسَامَةَ فِي الْعَبْدِ، فَيُقْسِمُ هُنَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ دِيَةً حُرًّا بِالنَّظَرِ إِلَى الْآخَرِ. وَلَوْ أَرْتَدَّ الْوَلِيُّ، ثُمَّ أَقْسَمَ، صَحَّ، إِلَّا إِذَا قُلْنَا: لَا مِلْكَ لَهُ^(٢)، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَقُتِلَ،

(١) قال الرافعي: «ويجريان في الأطراف مع أن القسامة لا تجري فيها» يريد القولين، ويقال: الخلاف في الأطراف وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو ارتد الولي ثم أقسم صح إلا إذا قلنا: لا ملك له... إلى آخره» هذا طريق للأصحاب،=

صُرِفَتِ الدِّيَّةُ إِلَى الْفَيْءِ بَيْنَهُنَّ، فَإِنْ بَانَ^(١) أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحِقًّا؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْأَسْتِخْقَاقِ تَسَبُّبٌ، وَقَسَامَةٌ أَهْلِ الْفَيْءِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ؛ هَذَا النَّصُّ، وَقِيلَ بِخِلَافِهِ.

وَمَهْمَا قُتِلَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، فَلَا قَسَامَةٌ؛ إِذْ تَخْلِيفُ بَيْتِ الْمَالِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ.

(النَّظَرُ الثَّالِثُ: فِي إثْبَاتِ الدَّمِّ بِالشَّهَادَةِ)، وَلَا يَثْبُتُ الْقَتْلُ الْمَوْجِبُ لِلْقِصَاصِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَيَثْبُتُ مُوجِبُ الدِّيَّةِ، وَلَوْ رَجَعَ بِالْعَفْوِ إِلَى الْمَالِ، فِي ثُبُوتِهِ بَعْدَ الْعَفْوِ وَجْهَانِ، وَلَوْ شَهِدَتْ عَلَى هَاشِمَةَ مُسَبَّوْقَةً بِإِيضَاحٍ، لَمْ يَثْبُتِ الْهَشْمُ فِي حَقِّ الْأَرْضِ؛ كَمَا لَا يَثْبُتُ الْإِيضَاحُ، وَلَوْ شَهِدَتْ عَلَى أَنَّهُ رَمَى إِلَى زَيْدٍ، فَمَرَقَ، فَأَصَابَ غَيْرَهُ خَطَأً، ثَبَتَ الْخَطَأُ، فَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالْقَتْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَقِيلَ: الْإِيضَاحُ سَبَبُ الْهَشْمِ، وَهُمَا كَشَيْءٍ وَاحِدٍ؛ بِخِلَافِ قَتْلِ الشَّخْصَيْنِ، وَلَوْ شَهِدُوا؛ أَنَّهُ مَا جَرَحَ، وَأَنْهَرَ الدَّمَّ، لَمْ يَكْفِ مَا لَمْ يَشْهَدْ عَلَى الْقَتْلِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْضَحَ رَأْسَهُ، لَمْ يَكْفِهِ، مَا لَمْ يَتَعَرَّضَ لِلْجِرَاحَةِ وَوُضُوحِ الْعَظْمِ، فَإِنْ عَجَزُوا عَنْ تَعْيِينِ مَحَلِّ الْمَوْضِحَةِ، سَقَطَ الْقِصَاصُ، وَثَبَتَ الْأَرْضُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ شَهِدَ عَلَى أَنَّهُ قَتَلَ بِالسَّحْرِ، لَمْ يُقْبَلْ؛ لِأَنَّهُ ذَلِكَ لَا يُشَاهدُ، وَلَوْ أَقْرَبَ أَنَّهُ أَمْرَضَهُ بِالسَّحْرِ، وَلَكِنْ مَاتَ بِسَبَبِ آخَرَ، فَهَذَا لَوْثٌ^(٢)؛ نَصٌّ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا لَوْثَ؛ فَإِنَّ اللَّوْثَ فِي تَعْيِينِ الْقَاتِلِ، لَا فِي نَفْسِ الْقَتْلِ.

وَمِنْ الشُّرُوطِ أَلَّا تَتَضَمَّنَ الشَّهَادَةُ نَفْعًا وَلَا دَفْعًا، فَلَوْ شَهِدَ عَلَى جَرَحِ الْمُورِثِ، لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ شَهِدَ بِذَنْ أَوْ عَيْنٍ لِمُورِثِهِ الْمَرِيضِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى جَرَحِ، وَهُمَا مَخْجُوبَانِ، ثُمَّ مَاتَ الْحَاجِبُ أَوْ بِالْعَكْسِ، فَالنَّظَرُ إِلَى حَالَةِ الشَّهَادَةِ لِلتَّهْمَةِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي الْإِفْرَاقِ لِلْوَارِثِ، وَلَوْ شَهِدَتِ الْعَاقِلَةُ عَلَى فِسْقِ بَيِّنَةِ الْخَطَا، لَمْ يُقْبَلْ؛ لِأَنَّهُا دَافِعَةٌ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مِنْ فَقَرَاءِ الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانُوا مِنَ الْأَبَاعِدِ، قِيلَ؛ لِأَنَّهُ تَوَقُّعُ مَوْتِ الْقَرِيبِ بَعِيدٌ؛ بِخِلَافِ تَوَقُّعِ الْغَنِيِّ.

وَقِيلَ فِي الْبَعِيدِ وَالْقَرِيبِ قَوْلَانِ بِالْقَتْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلَيْنِ بِالْقَتْلِ، فَشَهِدَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِمَا؛ بِأَنَّهُمَا قَتَلَا هَذَا الْقَتِيلَ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا دَافِعَانِ وَمُبَادِرَانِ قَبْلَ الْأَسْتِشْهَادِ، وَشَهَادَةُ الْحَسْبَةِ لَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الْأَدَمِيِّينَ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ صَدَّقَهُمَا الْمُدَّعِي، بَطَلَ حَقُّهُ؛ لِتَنَاقُضِ دَعْوَاهُ، وَلَوْ شَهِدَا، عَلَى أَجْنَبِيٍّ بِالْقَتْلِ، فَهُمَا دَافِعَتَانِ وَمُبَادِرَتَانِ، وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ عَلَى

= وهو بناء صحة القسامة في الردة على أقوال الملك، والأظهر عند الأكثرين إطلاق القول بالصحة، وتنزيل الدية منزلة ما يكتسبه بالردة والاصطياد ونحوه. [ت]

(١) هكذا بالأصول المعتمد عليها، ولعلها «وإن بان»

(٢) قال الرافعي: «ولو أقر بأنه أمرضه بالسحر ولكن مات بسبب آخر، فهذا لوث... إلى آخره» الذي أجاب به الأكثرون مقتصرين عليه أنه إن نفى ضمناً متألماً إلى أن مات، فيحلف الولي ويأخذ الدية. [ت]

الشَّاهِدَيْنِ بِالْقَتْلِ، فَهُمَا مُبَادِرَانِ، وَلَيْسَا دَافِعَيْنِ؛ فَيُخْرِجُ عَلَى شَهَادَةِ الْحِسْبَةِ، وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ
يَعْفُو بَعْضُهُمْ، سَقَطَ الْقِصَاصُ بِإِفْرَارِهِ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا لَا بِشَهَادَتِهِ، وَلَوْ اُخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّاهِدَيْنِ فِي
زَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ أَوْ آلَةٍ فَهُمَا مُتَكَادِبَانِ، ثُمَّ لَا يَنْبُتُ بِهِ لَوْثٌ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى
الإِفْرَارِ بِالْقَتْلِ الْمُطْلَقِ، وَالْآخَرُ عَلَى الإِفْرَارِ بِالْقَتْلِ الْعَمْدِ، ثَبَتَ أَصْلُ الْقَتْلِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ فِي نَفْيِ الْعَمْدِيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوْثٌ، وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلْتُ عَمْدًا، وَقَالَ الْآخَرُ: خَطَأً، فَفِي
ثُبُوتِ أَصْلِ الْقَتْلِ وَجْهَانِ.

كِتَابُ الْجَنَائَاتِ^(١) الْمُوجِبَةِ لِلْعُقُوبَاتِ

وَهِيَ سَبْعٌ: الْبَغْيُ، وَالزُّدَّةُ، وَالزَّنَا، وَالْقَذْفُ، وَالشُّزْبُ، وَالسَّرِقَةُ، وَقَطْعُ الطَّرِيقِ:

(الْجِنَايَةُ الْأُولَى: الْبَغْيُ)، وَالنَّظَرُ فِي صِفَاتِهِمْ، وَأَحْكَامِهِمْ:

(أَمَّا الصَّفَةُ)، فَكُلُّ فِرْقَةٍ خَالَفَتِ الْإِمَامَ بِتَأْوِيلٍ، وَلَهَا شَوْكَةٌ يُمَكِّنُهَا مَقَاوِمَةُ الْإِمَامِ، فَهِيَ بَاغِيَّةٌ، وَأَمَّا الْمُزْتَدُّ وَمَا يَمُورُ الزَّكَاةَ وَسَائِرِ حُقُوقِ الشَّرْعِ، فَلَا تَأْوِيلَ لَهُمْ، وَكُلُّ تَأْوِيلٍ يُعْلَمُ بَطْلَانُهُ بِالظَّنِّ، فَهُوَ مُغْتَبَرٌ، وَإِنْ كَانَ بَطْلَانُهُ قَطْعِيًّا، وَلَكِنَّهُمْ غَلِطُوا فِيهِ، فَوَجْهَانِ، وَهَذَا تَرَدَّدٌ فِي أَنَّ مُعَاوِيَةَ^(٢) رَضِيَ اللَّهُ

(١) الجنائية لغة: يقال: جَنَى عَلَى قَوْمِهِ جِنَايَةً: أَذْنَبَ ذَنْبًا يُؤَاخَذُ بِهِ، وقد استعملها الفقهاء في الجرح والقطع. وهي عندهم يراد بها القصاص في النفوس والأطراف. ينظر المصباح المنير ١/١٥٤، مختار الصحاح (١١٤). واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: اسم لفعل محرم حلّ بالنفس، أو الأطراف.
عرفها الشافعية بأنها: كل فعل مُزْهِقٌ للروح، أو مُبِينٌ للعضو.
عرفها المالكية بأنها: إتلاف مكلف غير حَرْبِيٍّ نفس إنسان معصوم، أو عضوه، أو معنى قائماً، به أو جنبه، عمداً أو خطأ بتحقيق، أو تهمة...
وقيل هي فعل الجاني الموجب للقصاص.

عرفها الحنابلة بأنها: كل فعل عدوان على الأبدان، بما يوجب قصاصاً ونحوه.
انظر: رد المحتار ٣٣٩/٥، شرح الخرخشي ٣/٨، المبدع ٢٤٠/٨، كشاف القناع ٥٠٣/٥ مجمع الأنهر ٦١٤/٢ مواهب الجليل ٢٧٦/٦ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٤٢/٤.
(٢) قال الرافعي: «معاوية» هو ابن أبي سفيان بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف أبو عبد الرحمن الأموي القرشي كاتب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سمع النبي - صلى الله عليه وسلم - وروى عنه ابن عباس، وأبو سعيد الخدري، وأسامة بن زيد، وحמיד بن عبد الرحمن بن عوف وغيرهم ولي الخلافة حين سَلِمَ الحسين بن علي - رضي الله عنهما - الأمر إليه سنة إحدى وأربعين، توفي سنة ستين لثمان بقين من رجب. [ت]

تنظر ترجمته في طبقات ابن سعد ٣/٣٢، ٧/٤٠٦، نسب قريش ١٢٤، طبقات خليفة ت (٥١)، ٩٦٩، (٢٨٠٩)، التاريخ الكبير ٧/٣٢٦، المعرفة والتاريخ ١/٣٠٥، أنساب الأشراف ٤/٥، ١٣٦، الجرح والتعديل ٨/٣٧٧، تاريخ الطبري ٥/٣٢٣، مروج الذهب ٣/١٨٨، ٢٢٠، جمهرة أنساب العرب ١١٢، ١١٣، تاريخ بغداد ١/٢٠٧، الجمع بين رجال الصحيحين ٢/٤٨٩، طبقات فقهاء اليمن ٤٧، جامع الأصول ٩/١٠٧، تهذيب الأسماء واللغات ١/٢/١٠٢، تهذيب الكمال ١٣٤٣، تاريخ الإسلام ٢/٣١٨، مرآة الجنان ١/١٣١، البداية والنهاية ٨/٢٠، ١١٧ العقد الثمين ٧/٢٢٧، غاية النهاية: ت ٣٦٢٥، تهذيب التهذيب ١٠/٢٠٧، تاريخ الخلفاء ١٩٤، خلاصة تهذيب تهذيب الكمال ٣٢٦، شذرات الذهب ١/٦٥.

تَعَالَى عَنْهُ كَانَ مُبْطِلًا ظَنًّا أَوْ قَطْعًا، وَأَمَّا الْخَوَارِجُ إِنْ لَمْ نَكْفُرْهُمْ، لَمْ نَلْتَفِتْ إِلَى تَأْوِيلِهِمْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِيُظْهِرَ فَسَادَهُ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ وَاحِدٌ مُطَاعٌ؛ إِذْ بِهِ الشُّوْكَةُ، وَهَلْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِصِفَاتِ الْأَيِّمَةِ فِيهِ وَجْهَانِ.

(أَمَّا أَحْكَامُ الْبُغَاةِ)، فَشَهِادَتُهُمْ مَقْبُولَةٌ؛ لِجَهْلِهِمْ بِسَبَبِ التَّأْوِيلِ، وَقَضَاؤُهُمْ نَافِلٌ، وَيَجِبُ (و) عَلَى قَاضِيِنَا إِمضَاؤُهُ، وَمَا أَخَذُوهُ مِنَ الْحُقُوقِ يَقَعُ مَوْقِعُهُ، فَإِنْ صَرَفُوا سَهْمَ الْمُزْتَرِفَةِ إِلَى جُنْدِهِمْ، فَفِي وَقْعِهِ الْمَوْقِعَ وَجْهَانِ، وَإِنْ سَمِعَ قَاضِيَهُمُ الْبَيِّنَةَ، وَالتَّمَسَّ مِنَّا الْحُكْمَ، حَكَمْنَا؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ؛ نَظَرًا لِلرَّعَايَا؛ هَذَا إِنْ كَانَ لَهُمْ شُوكَةٌ وَتَأْوِيلٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُوكَةٌ، فَلَا يَنْفَعُ حُكْمُهُمْ، وَإِنْ وَجِدَتِ الشُّوكَةُ دُونَ التَّأْوِيلِ، لَمْ يَنْفَعِ قَضَاؤُهُمْ؛ عَلَى الظَّاهِرِ أَمَّا غُزْمُ الْمَالِ، فَمَا أَتْلَفَ فِي غَيْرِ الْقِتَالِ مَضْمُونٌ عَلَى الْفَرِيقَيْنِ، وَمَا أَتْلَفَ فِي الْقِتَالِ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْعَادِلِ، وَفِي الْبَاغِي قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ، فَفِي الْكُفَّارَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ، فَفِي الْقِصَاصِ وَجْهَانِ، هَذَا عِنْدَ وُجُودِ الشُّوكَةِ، فَإِنْ كَانَ تَأْوِيلٌ بِلَا شُوكَةٍ، وَجِبَ الضَّمَانُ؛ قَتْلُ ابْنِ مُلْجَمٍ ^(١) عَلَيَّا رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ ^(٢) مُتَّوَلًّا، فَأَقِيدَ بِهِ، وَإِنْ وَجِدَتِ الشُّوكَةُ دُونَ التَّأْوِيلِ، فَطَرِيقَانِ.

قِيلَ: يَجِبُ الضَّمَانُ.

وَقِيلَ: يَطْرُدُ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّ إِسْقَاطَ الضَّمَانِ لِلتَّرْغِيبِ فِي الطَّاعَةِ؛ كَأَهْلِ الْحَزْبِ، وَالْقَوْلَانِ جَارِيَانِ فِي الْمُزْتَدِّينَ، إِذَا أَتْلَفُوا فِي الْقِتَالِ.

(فَأَمَّا كَيْفِيَّةُ قِتَالِهِمْ)، فَلَا تُقَاتِلُهُمْ، بَلْ تُقَدِّمُ التَّذِيرَ أَوَّلًا، وَلَا تَنْجِعِ الْمُذْبِرَ آخِرًا، فَلَوْ بَطَلَتْ شُوكَتُهُمْ فِي الْحَالِ، وَلَكِنْ لَمْ تُؤْمَرْ غَائِلَةٌ أَجْتَمَاعُهُمْ فِي الْمَالِ، فَفِي جَوَازِ اتِّبَاعِهِمْ بِالْقِتْلِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا أَسِيرُهُمْ، فَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بَعْدَ الْأَمْنِ مِنْهُمْ، وَإِنْ أَمِنَ فِي الْحَالِ، وَتَوَقَّعَ فِي ثَانِي الْحَالِ، فَفِي الْإِطْلَاقِ وَجْهَانِ، وَفِي أَسْرِ نِسَائِهِمْ وَذُرَارِيهِمْ، لِكَسْرِ قُلُوبِهِمْ تَرَدُّدًا، فَأَمَّا أَسْلِحَتُهُمْ وَخِيُولُهُمْ، فَلَا

(١) ملجم هو عبد الرحمن بن ملجم المرادي كان من الخوارج المارقين، ويذكر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - شهد عليه بالشقاوة. [ت]

(٢) «قتل ابن ملجم علياً رضي الله عنه» روى الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً قال في ابن ملجم بعد ما ضربه أطعموه وأسقوه وأحسنوا إيساره، فإن عشتُ فانا وليّ دمي أغفو إن شئتُ، وإن شئتُ استقذتُ، وإن ميتً فقتلتموه، فلا تمثلوا. [ت]

والحديث أخرجه الشافعي (١٠١/٢) كتاب الديات، حديث (٣٣٥) عن إبراهيم بن محمد عن أبيه أن علياً قال في ابن ملجم بعدما ضربه فذكره.

قال الحافظ في «التلخيص» (٤٧/٤): ورواه البيهقي من حديث الشعبي أن ابن ملجم لما ضرب علياً تلك الضربة أوصى فقال: قد ضربني فأحسنوا إليه وألينوا فراشه فإن أعش فعضو أو قصاص وإن مت فعاجلوه فإنني مخاصمه عند ربي عز وجل.

وقال الحافظ (تنبيه): هذا يرد على من زعم أن الحسن بن علي قتلته لكونه من الساعين في الأرض فساداً لا قصاصاً؛ لقول علي في هذا الأثر عاجلوه.

يَحِلُّ اسْتِعْمَالُهَا فِي الْقِتَالِ، وَتُرَدُّ عَلَيْهِمْ عِنْدَ الْأَمْنِ مِنْهُمْ، وَلَا تُرَدُّ قَبْلَهُ، وَالصَّبِيُّ الْمُرَاهِقُ وَالْعَبْدُ كَالْخَلِيلِ، وَالصَّغِيرُ كَالْمَرْأَةِ، وَلَا تُقَاتِلُهُمْ بِالْمَجَانِقِ وَالتَّيْرَانِ، إِلَّا إِذَا خِفْنَا أَنْ نُضْطَلَمَ، وَإِنْ تَحَصَّنُوا بِقَلْعَةٍ، وَكَانَ فِيهِمْ رَعَايَا، لَمْ تُقَاتِلُهُمْ بِالنَّارِ وَالْمَنْجَنِيقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا الْمُقَاتِلَةُ، فَبِهِ تَرُدُّ، وَلَا نَسْتَعِينُ عَلَيْهِمْ بِأَهْلِ الْكُفْرِ، وَلَا يَمَنْ يَرَى قَتْلَ مُذِيرِهِمْ، وَإِنْ اسْتَعَانُوا عَلَيْنَا بِأَهْلِ الْحَزْبِ، لَمْ يَنْفُذْ أَمَانُهُمْ عَلَيْنَا، بَلْ نَقْتُلُ مُذِيرَ أَهْلِ الْحَزْبِ، وَفِي نَقُودِ الْأَمَانِ عَلَيْهِمْ وَجِهَانِ؛ لِابْتِنَائِهِ عَلَى الْفَسَادِ، وَلَوْ قَالَ أَهْلُ الْحَزْبِ: طَنَّا أَنَّهُمْ مُحِقُّونَ، فَلْيَلْحَقْ مُذِيرُهُمْ بِالْمَأْمَنِ؛ لِأَجْلِ طَنِّهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ اسْتَعَانُوا بِأَهْلِ الذِّمَّةِ، بَطَلَ عَهْدُهُمْ، وَكَانُوا كَأَهْلِ الْحَزْبِ، وَإِنْ كَانُوا مُكْرَهِينَ، كَانُوا كَأَهْلِ الْبَغْيِ، وَإِنْ كَانُوا جَاهِلِينَ بِالْحَقِّ، فَبِهِ انْقِصَاصُ عَهْدِهِمْ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِصُ، وَجَبَ ضَمَانُ مَا أَتَلَفُوا عَلَيْهِمْ؛ عَلَى الظَّاهِرِ^(١)، إِذْ سَقُوطُهُ عَنِ الْبَاغِيِّ، لِتَرْغِيهِ فِي الطَّاعَةِ.

(الْجَنَائَةِ الثَّانِيَةِ: الرَّدَّةُ)، وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنِ قَطْعِ الْإِسْلَامِ مِنْ مُكَلَّفٍ؛ إِمَّا بِفِعْلٍ؛ كَالسُّجُودِ لِلصَّنَمِ، وَعِبَادَةِ الشَّمْسِ، وَإِلْقَاءِ الْمُضْحَفِ فِي الْقَادُورَاتِ، وَكُلِّ فِعْلٍ صَرِيحٍ فِي الِاسْتِهْزَاءِ؛ وَإِمَّا بِقَوْلٍ، عِنَادًا، أَوْ اسْتِهْزَاءً، أَوْ أَغْيَادًا، فَكُلُّ ذَلِكَ رَدَّةٌ مِنَ الْمُكَلَّفِ دُونَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَالسُّكْرَانِ كَالصَّاحِي (ح)؛ فِي قَوْلٍ، وَكَالْمَجْنُونِ فِي قَوْلٍ، فَإِنْ صَحَّحْتَ رَدَّتَهُ، فَإِسْلَامُهُ فِي الشُّكْرِ يَزْفَعُهُ إِلَّا إِذَا فَرَقْنَا بَيْنَ مَا لَهُ وَمَا عَلَيْهِ؛ فِي طَرِيقٍ، وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَدَّتِهِ، فَقَالَ كَذِبًا، لَمْ يُسْمَعْ، وَلَوْ قَالَ: كُنْتُ مُكْرَهًا، فَإِنْ ظَهَرَ مَخَابِلُ الْإِكْرَاهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ كَالْأَسِيرِ، وَإِلَّا فَلَا يَقْبَلُ، وَلَوْ نَقَلَ الشَّاهِدُ لَفْظَهُ، فَقَالَ: صَدَقَ، لَكِنِّي كُنْتُ مُكْرَهًا، قُبِلَ؛ إِذْ لَيْسَ فِيهِ تَكْذِيبُ الصَّادِقِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَ بِالرَّدَّةِ، فَإِنَّ الْإِكْرَاهَ يَنْفِي الرَّدَّةَ، دُونَ اللَّفْظِ، وَلَا يَتَّبِعِي أَنْ يَقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَى الرَّدَّةِ مُطْلَقًا، دُونَ التَّفْصِيلِ؛ لِاخْتِلَافِ الْمَذَاهِبِ (ح) فِي التَّكْفِيرِ.

وَلَوْ خَلَّفَ رَجُلٌ ابْنَيْنِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: مَاتَ أَبِي كَافِرًا، صُرِفَ نَصِيئُهُ إِلَى الْفَتَى؛ عَلَى قَوْلٍ. وَعَلَى قَوْلٍ؛ يُصْرَفُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُفْصَلْ كَيْفِيَّةُ الْكُفْرِ، وَالْمَذَاهِبُ تَخْتَلِفُ فِيهِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُسْتَفْسَرُ، وَيُحْكَمُ بِمُوجِبِ تَفْسِيرِهِ، وَإِنْ لَمْ يُفَسَّرْ، يُوقَفُ.

وَالْأَسِيرُ إِذَا أَرْتَدَّ مُكْرَهًا، فَأَقْلَتَ، وَلَمْ يُجَدِّدِ الْإِسْلَامَ؛ حَيْثُ عُرِضَ عَلَيْهِ، دَلَّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُخْتَارًا، فَإِنْ أَرْتَدَّ مُخْتَارًا، فَصَلَّى صَلَاةَ الْمُسْلِمِينَ، قِيلَ: يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ (و) بِخِلَافِ الْكَافِرِ الْأَصْلِيِّ، وَفِيهِ اخْتِمَالٌ، لِعُمُومِ الْفَرْقِ.

(فَأَمَّا حُكْمُ الرَّدَّةِ فِي نَفْسِ الْمُزْتَدِّ، وَوَلَدِهِ، وَمَالِهِ.

(فَأَمَّا نَفْسُهُ)، فَتَهْدَرُ إِنْ لَمْ يَتَّبِ، فَإِنْ تَابَ، لَمْ يُقْتَلْ إِلَّا إِذَا كَانَ زَنْدِيقًا، فَبِهِ قَبُولُ تَوْبَتِهِ خِلَافَ، وَالظَّاهِرُ الْقَبُولُ، ثُمَّ فِي إِمْهَالِ الْمُزْتَدِّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ، فَهُوَ مُسْتَحَبٌّ أَوْ مَمْنُوعٌ وَجِهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يُمْنَعُ، فَقَالَ: حُلُوا شُبُهَتِي، لَمْ نُنَاطِرْهُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، بَلْ عَلَيْهِ أَنْ

(١) قال الراعي: «إِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِصُ وَجَبَ ضَمَانُ مَا أَتَلَفُوا عَلَيْهِمْ عَلَى الظَّاهِرِ» مِنَ الطَّرِيقَيْنِ، وَهُمَا الْقَطْعُ بِالْوَجُوبِ، وَطَرْدُ الْقَوْلَيْنِ. [ت]

يُسْلِمَ أَوَّلًا، ثُمَّ يَسْتَكْشِفَ.

(فَأَمَّا وَلَدُ الْمُزَنَّدِ)، فَإِنْ عَلِقَ قَبْلَ الرَّدَّةِ، فَمُسْلِمٌ، وَيَعْدُ الرَّدَّةُ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ مُسْلِمٌ؛ لِبَقَاءِ عُلُقَةِ الْإِسْلَامِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ مُزَنَّدٌ.

وَأَمَّا وَلَدُ الْمُعَاهِدِ، إِذَا تَرَكَهُ عِنْدَنَا فَنَقَرَهُ بِجَزِيَّةٍ، أَوْ يُلْحَقَ بِالْمَأْمَنِ، مَهْمَا بَلَغَ.

(وَأَمَّا مِلْكُ الْمُزَنَّدِ)، فَيُرْوَلُ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَيَبْقَى؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَهُوَ مَوْقُوفٌ؛ عَلَى قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: يُرْوَلُ، فَيُقْضَى (و) دُيُونُهُ، وَيُنْفَقَ عَلَيْهِ فِي مَدَّةِ الرَّدَّةِ، وَمَا يَلْزَمُهُ بِالْإِنْفَاقِ فِي حَالِ الرَّدَّةِ، هَلْ يُقْضَى مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا نَفَقَةُ الْقَرِيبِ فِي دَوَامِ الرَّدَّةِ، وَمَا يَكْتَسِبُهُ فِي حَالِ الرَّدَّةِ بِالْإِخْتِطَابِ، أَوْ الشَّرَاءِ، أَوْ الْإِثْهَابِ، فَجِهَةُ الْفَيْءِ فِي حَقِّهِ؛ كَالسَّيِّدِ فِي حَقِّ الْعَبْدِ فِي وَقْعِ الْمِلْكِ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُرْوَلُ مِلْكُهُ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْحَجْرِ، وَهَلْ يَخْصُلُ بِمُجَرَّدِ الرَّدَّةِ، أَوْ بِضَرْبِ الْقَاضِي؟ وَجْهَانِ، ثُمَّ حُكْمُهُ حُكْمُ الْفَلَسِ أَوْ التَّبْذِيرِ؟ وَجْهَانِ، وَإِنْ فَرَعْنَا عَلَى الْوَقْفِ، فَكُلُّ تَصَرُّفٍ لَا يَقْبَلُ الْوَقْفَ، فَهُوَ بَاطِلٌ.

(الْجِنَايَةُ الثَّلَاثَةُ: الزَّانَا) وَهُوَ جَرِيْمَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْعُقُوبَةِ، وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْنِ:

(الْأَوَّلُ: فِي الْمَوْجِبِ وَالْمُوجَبِ)، وَالضَّابِطُ أَنَّ إِبْلَاجَ الْفَرْجِ فِي الْفَرْجِ، الْمُحَرَّمُ قَطْعًا، الْمُشْتَهَى طَبْعًا، إِذَا انْتَفَتْ عَنْهُ الشُّبْهَةُ^(١) - سَبَبٌ لَوْجُوبِ الرَّجْمِ عَلَى الْمُحْصَنِ، وَلَوْجُوبِ الْجُلْدِ وَالتَّغْرِيبِ عَلَى غَيْرِ الْمُحْصَنِ. وَفِي الرَّابِطَةِ قِيُودٌ.

الْأَوَّلُ الْإِحْصَانُ، وَهُوَ التَّكْلِيفُ، وَالْحُرِّيَّةُ، وَالْإِصَابَةُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، أَمَّا بِالشُّبْهَةِ، وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ، لَا يُحْصَنُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

وَلَا يُشْتَرَطُ وَقُوعُ الْإِصَابَةِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ وَالتَّكْلِيفِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ^(٢).

وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِحْصَانُ فِي الْوَاطِئَتَيْنِ، بَلْ إِنْ كَانَ الْمُحْصَنُ أَحَدَهُمَا، رُجِمَ، وَجُلِدَ الْآخَرُ، وَإِنْ

(١) قال الرافعي: «إن إبلاج الفرج في الفرج المحرم قطعاً المشتبه طبعاً إذا انتفت عنه الشبهة» قوله: المحرم قطعاً وقوله: إذا انتفت عنه الشبهة يقض أحدهما عن الآخر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يشترط وقوع الإصابة بعد الحرية والتكليف على الأظهر» الذي رجحه معظم الأصحاب، وهو ظاهر النص أنه يشترط. [ت]

كَانَ أَحَدُهُمَا صَغِيرًا، رُجِمَ الْبَالِغُ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، إِذَا كَانَ الصَّغِيرُ فِي مَحَلِّ الشَّهْوَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ،
فَفِيهِ تَرَدُّدٌ (و)، وَالنَّبِيذُ إِذَا زَنَى يَبْكُرُ، رُجِمَ وَجُلِدَتْ، وَأَنْتِفَاءُ الْإِحْصَانِ يُسْقِطُ الرَّجْمَ^(١)، وَأَنْتِفَاءُ
الْحُرِّيَّةِ يُسْقِطُ شَطْرَ الْجُلْدِ، وَشَطْرُ مُدَّةِ التَّغْرِيبِ؛ عَلَى قَوْلٍ.
وَفِي قَوْلٍ يُغَرَّبُ الْعَبْدُ سَنَةً.

وَفِي قَوْلٍ لَا يُغَرَّبُ أَصْلًا؛ نَظَرًا لِلسَّيِّدِ، ثُمَّ فِي أَصْلِ التَّغْرِيبِ مَسَائِلٌ:
(إِحْدَاهَا): أَنَّهُ يُغَرَّبُ مَعَ مَحْرَمٍ، وَلَهُ الْأَجْرَةُ عَلَيْهَا؛ عَلَى وَجْهِ.
وَعَلَى وَجْهِ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

فَإِنْ أَمْتَنَعَ، فَهَلْ يَجْبُرُهُ السُّلْطَانُ عَلَى الْخُرُوجِ مَعَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ أَمْنًا، فَهَلْ
يَجُوزُ تَغْرِيبُهَا بِغَيْرِ مَحْرَمٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): لَا يُنْقَضُ فِي مَسَافَةِ الْغُرْبَةِ عَنْ مَرَحِلَتَيْنِ، وَإِلَيْهِ الْخَيْرَةُ فِي جِهَاتِ السَّفَرِ^(٢)،
وَالْغَرِيبُ يَخْرُجُ إِلَى غَيْرِ بِلَدِهِ، فَإِنْ رَجَعَ إِلَى الْبَلَدِ، لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ^(٣).
(الثَّالِثَةُ): لَوْ عَادَ الْمُغَرَّبُ، أَخْرَجْنَاهُ ثَانِيًا، وَلَمْ يُحْسَبِ الْمُدَّةُ الْمَاضِيَةُ.

أَمَّا الْإِسْلَامُ فَلَيْسَ مِنْ شَرَائِطِ الْإِحْصَانِ، بَلِ الذَّمُّ يُرْجَمُ إِذَا رَضِيَ بِحُكْمِنَا^(٤)، وَلَا يُجْلَدُ عَلَى
الشَّرْبِ، وَإِنْ كَانَ الْحَنْفِيُّ يَجْلَدُ عَلَى النَّبِيذِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ^(٥) (و).
أَمَّا قَوْلُنَا: إِبِلَاجُ فَرْجٍ فِي فَرْجٍ، فَيَتَنَاوَلُ اللَّوْاطُ، وَهُوَ يُوجِبُ قَتْلَ الْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ بِهِ؛ عَلَى
قَوْلٍ (ح).

وَالرَّجْمُ بِكُلِّ حَالٍ؛ عَلَى قَوْلٍ (ح).
وَالتَّغْرِيبُ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَهُوَ كَالزَّنَا؛ عَلَى قَوْلٍ (ح).

وَإِثْنَانُ الْأَجْنَبِيَّةِ فِي دُبْرِهَا لَوَاطٌ.

-
- (١) قال الرافعي: «وانتفاء الإحصان يسقط عن الرجم» لا حاجة إليه بعد الضابط المقدم. [ت]
(٢) قال الرافعي: «وإليه الخيرة في جهات السفر» الظاهر أنه لا يتمكن من العدول عن الجهة التي عينها الإمام. [ت]
(٣) قال الرافعي: «والغريب يخرج إلى غير بلده فإن رجع إلى بلده لم يتعرض له» هذا وجه والأظهر أنه يمنع منه. [ت]
(٤) قال الرافعي: «بل الذمي يرجم إذا رضي بحكمنا» الظاهر أنه لا يعتبر رضاه. [ت]
(٥) قال الرافعي: «ولا يجلد على الشرب، وإن كان الحنفي يجلد على النبيذ على الأظهر» الصورتان معادتان في جنائية شرب الخمر وصورة الحنفي أعادها في «الشهادات» أيضًا. [ت]

وَالْغُلَامُ الْمَمْلُوكُ كَغَيْرِ الْمَمْلُوكِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ..
وَالْمَلِكُ فِي الْجَارِيَةِ وَالزَّوْجَةِ شُبْهَةٌ؛ لِأَنَّهَا مَحَلُّ الْأَسْتِمْتَاعِ.
وَقَوْلُنَا: تُشْتَهَى طَبْعًا، يُبَيِّنُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْإِبْلَاجِ فِي الْمَيْتَةِ، وَفِي الْبَهِيمَةِ قَوْلَانِ: أَصْحُهُمَا؛ أَنَّ
فِيهِ التَّعْزِيرَ.

وَفِي قَوْلِي يُقْتَلُ الْبَهِيمَةُ أَيْضًا^(١).
ثُمَّ فِي وُجُوبِ قِيَمَتِهَا، إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَأْكُولَةٍ، وَفِي حِلِّهَا، إِنْ كَانَتْ مَأْكُولَةً — خِلَافٌ.
وَإِنْ أَوْجَبْنَا الْحَدَّ، فَلَا يَنْبُتُ (ح) إِلَّا بِأَرْبَعَةِ عُدُولٍ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا التَّعْزِيرَ، فَيَكْفِي عَدْلَانِ؛ عَلَى
أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(٢).

وَقَوْلُنَا: مُحَرَّمٌ قَطْعًا، اخْتَرَزْنَا بِهِ عَنِ الْوَطْءِ بِالشُّبْهَةِ، وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ، وَفِي الْمُتْعَةِ؛ فَإِنَّ
الصَّحِيحَ (و) أَنَّ لَا حَدَّ فِيهِ.

وَأَمَّا وَطْءُ الْحَائِضِ وَالْمُحْرَمَةِ وَالصَّائِمَةِ، فَلَا حَدَّ فِيهِ قَطْعًا.
وَقَوْلُنَا: لَا شُبْهَةٌ فِيهِ، اخْتَرَزْنَا بِهِ عَنْ شُبْهَةٍ فِي الْمَحَلِّ وَالْفَاعِلِ وَالطَّرِيقِ.
أَمَّا شُبْهَةُ الْمَحَلِّ، فَإِنَّ يَكُونُ مَمْلُوكًا، وَإِنْ كَانَتْ مُحْرَمَةً بِسَبَبِ رِضَاعٍ، أَوْ نَسَبٍ، أَوْ شَرِكَةٍ،
أَوْ تَزْوِيجٍ، أَوْ عِدَّةٍ، فَلَا حَدَّ؛ عَلَى الْجَدِيدِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ^(٣).
وَأَمَّا فِي الْفَاعِلِ، فَإِنْ يَظُنُّ أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ أَوْ زَوْجَتُهُ.

فَأَمَّا فِي الطَّرِيقِ، فَإِنَّ يَخْتَلِفَ الْعُلَمَاءُ فِي إِبَاحَتِهِ؛ كَالنِّكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ، وَبِلَا شُهُودٍ وَنِكَاحِ الْمُتْعَةِ،
فَالصَّحِيحُ أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ يَدْرَأُ الْحَدَّ^(٤)، وَلَوْ نَكَحَ أُمَّهُ، وَوَطِئَهَا حَدًّا؛ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ لِلزَّانَا أَوْ إِبَاحَةٍ

(١) قال الرافعي: «وفي قول: تقتل البهيمة أيضاً» المشهور أنه وجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن أوجبنا التعزير، فيكفي عدلان على أحد الوجهين» المسألة معادة من كتاب الشهادات،
وفي النكاح الفاسد وفي المتعة. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن كانت محرمة بسبب رضاع أو نسب أو شركة أو عدة أو تزويج فلا حد على الجديد في
جميع ذلك» طرد الخلاف في الجارية المشتركة، وجاريته المزوجة، أو المعتدة عن الزوج طريق
الأصحاب والأقوى القطع بالمنع في هؤلاء الثلاثة فلا حد على الجديد من جميع ذلك وصف الخلاف
بالقديم والجديد ذكره الإمام وصاحب الكتاب، والأكثرون سكتوا عنه، وأرسلوا ذكر القولين بل حكى
بعضهم وجوب الحد عن بعض كتبه الجديدة. [ت]

(٤) قال الرافعي: «كالنكاح بلا ولي وبلا شهود» ونكاح المتعة فالصحيح أن جميع ذلك يدرأ الحد أي من
القولين. [ت]

وقال أيضاً: «النكاح الفاسد كالنكاح بلا ولي ولا شهود وقد ذكرهما مع المتعة في قيد الخلوة عن الشبهة.
[ت]

الوطء (ح).

وَلَوْ زَنَتْ خَرَسَاءٌ بِنَاطِقٍ، أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ مَكْنَتْ الْعَاقِلَةُ مَخِينُونَ، أَوْ أَنْكَرَ أَحَدُ الْوَاطِنِينَ، أَوْ زَنَى بِأَمْرَأَةٍ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا الْقِصَاصَ، أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ - وَجَبَ (ح) الْحَدُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، وَفِي الْمَكْرَهَةِ عَلَى الزَّانَا قَوْلَانِ^(١)، وَالْمَكْرَهَةُ عَلَى التَّمَكِّينِ لَا حَدَّ عَلَيْهَا؛ هَذَا هُوَ مُوجِبُ الْحَدِّ.

وَلَيُظْهِرُ لِلْقَاضِي بِجَمِيعِ قُبُودِهِ؛ إِمَّا بِالْإِفْرَارِ (ح) أَوْ الشَّهَادَةِ، وَيَكْفِي الْإِفْرَارُ (ح) مَرَّةً وَاحِدَةً، وَإِنْ رَجَعَ (م) سَقَطَ الْحَدُّ، وَهَلْ يُنْزَلُ الِئِمَاسُ تَرَكَ الْحَدُّ، أَوْ هَرَبُهُ، أَوْ أَمْتِنَاعُهُ مِنَ التَّمَكِّينِ مَنْزِلَةٌ الرُّجُوعُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

فَإِنْ ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ، لَمْ يَسْقُطْ بَشْيءٌ مِنْ ذَلِكَ، وَفِي سَقُوطِهِ بِالتَّوْبَةِ قَوْلَانِ يَخْتَلِفَانِ فِي كُلِّ حَدٍّ لِلَّهِ تَعَالَى، وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى زَنَاهَا، فَشَهِدَ أَرْبَعٌ نِسْوَةً؛ عَلَى أَنَّهَا عَذْرَاءٌ، سَقَطَ الْحَدُّ (م)، وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ؛ عَلَى أَنَّهُ زَنَى، وَعَيْنَ كُلِّ وَاحِدٍ زَاوِيَةً مِنَ الْبَيْتِ، فَلَا حَدَّ؛ إِذْ لَمْ يَتَّفِقُوا عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى أَنَّهُ زَنَى بِهَا مَكْرَهَةً، وَاثْنَانِ عَلَى أَنَّهُ زَنَى بِهَا مُطَاوَعَةً، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ، وَفِي وَجُوبِهِ عَلَى الرَّجُلِ خِلَافٌ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ الْأَسْتِيفَاءِ وَمَتَاعَطِيهِ)، أَمَّا الْكَيْفِيَّةُ، فَيُسْتَحَبُّ حُضُورُ الْوَالِي، وَإِنْ ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ، فَحُضُورُ الشُّهُودِ وَبِدَائِهِمْ بِالرَّضَى، وَلَا يَجِبُ (ح) ذَلِكَ، وَلَا يُقْتَلُ بِالسَّيْفِ، بَلْ يُنْكَلُ بِالرَّجْمِ لَا بِصَخْرَةٍ تُدْفَقُ، وَلَا بِحَصِيَّاتٍ تُعَدَّبُ، بَلْ بِحِجَارَةٍ مُغْتَدِلَةٍ، وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا، رُجِمَ، وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ الْجُلْدَ، أُخْرِجَ إِلَى الْبُرَى، وَإِنْ كَانَ مُخَدَّجًا لَا يَحْتَمِلُ السَّيَاطَ، فَيُضْرَبُ بِعُنْكَالٍ عَلَيْهِ مِائَةٌ شِمْرَاخٍ، فَإِنْ كَانَ خَمْسُونَ، ضُرِبَ مَرَّتَيْنِ ضَرْبًا مُؤَلِمًا، بِحَيْثُ يَتَنَاقَلُ عَلَيْهِ جَمِيعُ الشَّمَارِيخِ، وَلَا يُفَرَّقُ السَّيَاطُ عَلَى الْأَيَّامِ، وَإِنْ اخْتَمَلَ سَيَاطًا خِفَافًا، فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ أَوْلَى مِنَ الشَّمَارِيخِ، فَإِنْ ضُرِبَ بِالشَّمَارِيخِ، فَزَالَ مَرَضُهُ عَلَى النُّدُورِ، فَلَا يُعَادُ الْحَدُّ.

وَلَا يُقَامُ الْجُلْدُ فِي فَرْطِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ، وَكَذَا الرَّجْمُ (و)، إِنْ كَانَ يُتَوَهَّمُ سَقُوطُهُ بِرُجُوعِهِ^(٢) أَوْ تَوْبَتِهِ، بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَى اغْتِدَالِ الْهَوَاءِ، وَهَذَا التَّأخِيرُ مُسْتَحَبٌّ، وَلَكِنْ إِنْ تَرَكَهُ، فَهَلْكَ، فَالْنَّصُّ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ.

وَنَصٌّ أَنَّهُ لَوْ خَتَنَ الْمُؤْتَمِعَ عَنِ الْخِتَانِ فِي الْحَرِّ، فَسَرَى، ضَمِنَ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالْقَتْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْخِتَانَ فِي الْأَصْلِ لَيْسَ إِلَى الْإِمَامِ؛ فَلِذَلِكَ ضَمِنَ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا الضَّمَانَ، اخْتُمِلَ أَنْ يُقَالَ: التَّأخِيرُ وَاجِبٌ.

وَأَمَّا مُسْتَوْفِي الْحَدِّ، فَهُوَ الْإِمَامُ فِي حَقِّ الْأَخْرَارِ، وَالسَّيِّدُ فِي حَقِّ الرَّقِيقِ الْفَقِيرِ، دُونَ الْمَكَاتِبِ

(١) قال الراغب: «وفي المكره على الزنا قولان المشهور وجهان. [ت]

(٢) قال الراغب: «وكذا الرجم إن كان يتوهم سقوطه برجوعه هذا وجه، والأظهر أنه لا يؤخر الرجم. [ت]

(و)، وَمَنْ نَضَفَهُ حُرٌّ (و)، وَالْمُدَبِّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ قَرْنٌ، ثُمَّ لِلْإِمَامِ الْأَسْتِيفَاءُ أَيْضاً، فَإِنْ اجْتَمَعَ السَّيِّدُ وَالسُّلْطَانُ، فَأَيُّهُمَا أَوْلَى فِيهِ اخْتِمَالٌ، وَلِلْسَّيِّدِ أَيْضاً التَّغْزِيرُ، وَهَلْ لِلْمَرْأَةِ وَالْفَاسِقِ وَالْمُكَاتِبِ اسْتِيفَاءُ الْحَدِّ مِنْ عَيْبِهِمْ؟ فِيهِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ بِطَرِيقِ الْوِلَايَةِ وَاسْتِصْلَاحِ الْمَلِكِ، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ اسْتِصْلَاحاً، لَمْ يَكُنْ لِلْمَلِكِ الْقَتْلُ فِي الْحَدِّ، وَفِي الْقَطْعِ خِلَافٌ، ثُمَّ ذَلِكَ كُلُّهُ إِذَا شَاهَدَ السَّيِّدُ زَنَاهُ أَوْ أَقَرَّ، فَإِنْ قَامَتْ عِنْدَهُ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ فِي سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ (ح) وَجَهَانٍ، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْتَقِلُّ بِالْحُكْمِ، فَلَا أَقْلَ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَالِماً بِأَحْكَامِ الْحُدُودِ.

وَكُلُّ مَنْ قُتِلَ حَدّاً أَوْ لَتَرَكَ صَلَاةً^(١)، غُسِّلَ وَكُفِّنَ، وَصُلِّيَ عَلَيْهِ (ح م و)، وَدُفِنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ.

(الْجِنَايَةُ الرَّابِعَةُ: الْقَذْفُ)، وَهُوَ مُوجِبٌ ثَمَانِينَ جَلْدَةً عَلَى الْحُرِّ، وَأَرْبَعِينَ عَلَى الرَّقِيقِ، فَإِنْ قَذَفَهُ مَرَّتَيْنِ، وَقَدْ تَحَلَّلَ الْحَدُّ تَعَدُّدًا، وَإِنْ لَمْ يَتَحَلَّلْ، فِيهِ التَّدَاخُلُ قَوْلَانِ (م ز)، وَقَدْ ذَكَّرْنَا ذَلِكَ مَعَ صُورِ الْقَذْفِ فِي اللَّعَانِ، وَفِيهِ مُشَابَهَةٌ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى؛ إِذْ لَا يَسْقُطُ بِإِبَاحَةِ الْقَذْفِ^(٢)، وَلَا يَقَعُ مَوْقِعُهُ، إِذَا اسْتَوْفَاهُ الْمَقْدُوفُ، وَيَتَشَطَّرُ بِالرُّقْ؛ وَلَكِنَّ الْغَالِبَ حَقُّ الْآدَمِيِّ؛ إِذْ يَسْقُطُ (ح) بِعَفْوِهِ وَيُورَثُ (ح) عَنْهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الْحَدُّ بِقَذْفِ لَيْسَ عَلَى صُورَةِ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ شَهِدَ بِالزَّنا أَرْبَعَةً، فَلَا حَدَّ، وَإِنْ شَهِدَ ثَلَاثَةً، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ شَهِدَ عَبْدٌ أَوْ ذِمِّيٌّ، وَجَبَ حَدُّ الْقَذْفِ، وَإِنْ شَهِدَ فَاسِقٌ مُغْلَبٌ، فَقَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَ مُكَاتِبًا، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِالْأَعْيُنِ، وَإِنْ رَدَّ الْقَاضِي شَهَادَتَهُمْ؛ لِأَدَاءِ اجْتِهَادِهِ إِلَى فِسْقِهِمْ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةً، ثُمَّ رَجَعَ وَاحِدٌ، حُدَّ الرَّاجِعُ [و]^(٣) دُونَ الْمُصِرِّ.

وَقِيلَ فِي الْمُصِرِّ؛ قَوْلَانِ.

وَالشَّهَادَةُ هِيَ الَّتِي تُؤَدَّى فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ، وَمَا عَدَاهُ قَذْفٌ.

(الْجِنَايَةُ الْخَامِسَةُ: السَّرِقَةُ)، وَالتَّنَظُّرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ:

(الْأَوَّلُ): فِي الْمَوْجِبِ، وَهُوَ السَّرِقَةُ، وَلَهَا ثَلَاثَةُ أَزْكَانٍ.

(الْأَوَّلُ: الْمَسْرُوقُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ نِصَابًا مَمْلُوكًا لِغَيْرِ السَّارِقِ مِلْكًا مُخْتَرَمًا تَامًا مُحَرَّزًا لَا شُبْهَةَ فِيهِ، فَهَذِهِ سِتَّةُ شُرُوطٍ:

(الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: النَّصَابُ)، وَهُوَ رُبُعٌ دِينَارٍ (ح م) مَسْكُوكٍ، وَبِهِ يَقُومُ السَّلْعُ، وَالرُّبُعُ مِنْ

(١) قال الرافعي: «وكل من قتل حدا أو لترك صلاة إلى آخره» صورة تارك الصلاة مذكورة في «الجنائز»، ثم في «تارك الصلاة» وهذه مرة ثالثة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وفيه مشابهة حقوق الله تعالى إذ لا يسقط بإباحة القذف» هذا وجه، وجواب الأكثرين فيما إذا قال أقذفني فقذف لا حد. [ت]

(٣) سقط من أ.

الذَّهَبِ الْإِبْرِيذِ، وَإِذَا لَمْ يُسَاوِ رُبْعاً مَضْرُوباً، فَلَا حَدَّ فِيهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَيُقَطَّعُ فِي خَاتَمٍ وَزَنَّهُ سُدُسٌ وَقِيمَتُهُ رُبْعٌ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ سَرَقَ دَنَانِيرٌ، ظَنُّهَا فُلُوساً لَا تَبْلُغُ نِصَاباً قَطْعَ، وَلَوْ سَرَقَ جُبَّةٌ قِيمَتُهَا دُونَ النَّصَابِ، لَكِنْ فِي جَنْبِهَا دِينَارٌ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ قُطْعَ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ أَخْرَجَ نِصَاباً فِي دَفْعَاتٍ، فَلَا قَطْعَ؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَتَخَلَّلَ أَطْلَاعُ الْمَالِكِ وَإِعَادَةُ الْحِزْرِ، فَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلْ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ طَوْلِ الزَّمَانِ الْمُتَخَلَّلِ وَقِصَرِهِ.

وَخُرُوجُ الْبُرِّ مِنْ أَسْفَلِ الْكَنْدُوجِ شَيْئاً فَشَيْئاً عَلَى التَّوَاضُّعِ أَوْ لِي أَنْ يُجْعَلَ فِي حُكْمِ دَفْعَةٍ مِنَ الْمُفَرَّقِ، بَلْ هُوَ كَمَا لَوْ جَرَّ الْمِنْدِيلُ شَيْئاً فَشَيْئاً، فَإِنَّهُ يُقَطَّعُ، فَلَوْ أَخْرَجَ نِصْفَ الْمِنْدِيلِ، وَتَرَكَ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي الْحِزْرِ، فَلَا قَطْعَ، وَإِنْ كَانَ الْمُخْرَجُ أَكْثَرَ مِنْ نِصَابٍ، وَلَوْ جَمَعَ مِنَ الْبَذْرِ الْمَبْنُوثِ فِي الْأَرْضِ الْمُحَرَّزَةِ مَا بَلَغَ نِصَاباً، قُطْعَ عَلَى الصَّحِيحِ، لِأَنَّ الْكُلَّ كَحِزْرِ وَاحِدٍ، وَلَمْ يَكُنْ، كَمَا لَوْ أَخْرَجَ نِصَاباً مِنْ حِزْرَيْنِ، وَلَوْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي حِمْلٍ مَا دُونَ النَّصَابِ، لَمْ يُقَطَّعَا، وَلَوْ بَلَغَ نِصْفَ دِينَارٍ، قُطْعَاً، وَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الْقِيَمَةُ بِالْغَةِ نِصَاباً قُطْعَاً، لَا بِاجْتِهَادِ الْمُقَوِّمِ.

(الشَّرْطُ الثَّانِي): أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً لِغَيْرِ السَّارِقِ، وَلَوْ سَرَقَ مِلْكٌ نَفْسَهُ مِنَ الْمُزْنَهَنِ أَوْ الْمُسْتَأْجِرِ، فَلَا قَطْعَ، وَلَوْ طَرَأَ الْمِلْكُ بِإِثْرٍ قَبْلَ الْخُرُوجِ مِنَ الْحِزْرِ، فَلَا قَطْعَ، وَبَعْدَهُ لَا يُؤْتَرُ (ح)؛ وَكَذَلِكَ نُقْصَانُ الْقِيَمَةِ بِالْأَكْلِ، وَالْإِثْلَافُ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ يُؤْتَرُ وَبَعْدَهُ لَا، وَلَوْ قَالَ السَّارِقُ سَرَقْتُ مِلْكِي، سَقَطَ الْقَطْعُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ^(١)؛ عَلَى النَّصِّ؛ لِأَنَّهُ صَارَ خَصْماً فِي الْمَالِ، فَكَيْفَ يُقَطَّعُ بِحَلْفِ غَيْرِهِ، وَلَوْ قَالَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ: هُوَ لَكَ، فَأَنْكَرَ شَرِيكُهُ، فَلَا قَطْعَ، وَلَوْ قَالَ السَّارِقُ: هُوَ مِلْكُ شَرِيكِي فِي السَّرْقَةِ، فَلَا قَطْعَ، وَلَوْ أَنْكَرَ شَرِيكُهُ، لَمْ يُقَطَّعِ الْمُدَّعِي، وَفِي الْمُتَكْرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ السَّارِقُ: هُوَ مِلْكُ سَيِّدِي، فَلَا قَطْعَ، وَإِنْ كَذَّبَهُ السَّيِّدُ.

(الشَّرْطُ الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ مُخْتَرِماً)؛ فَلَا قَطْعَ عَلَى سَارِقِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، وَلَا عَلَى سَارِقِ الطُّبُورِ، وَالْمَلَاهِي، وَالْأَوَانِي الذَّهَبِيَّةِ الَّتِي يَجُوزُ كَسْرُهَا، إِنْ قَصَدَ السَّارِقُ بِإِخْرَاجِهَا الْكُسْرَ، وَإِنْ قَصَدَ السَّرْقَةَ، وَرُضَاضَهَا نِصَابٌ، فَوَجْهَانِ.

(الشَّرْطُ الرَّابِعُ): أَنْ يَكُونَ الْمِلْكُ تَاماً^(٢) قَوِيّاً، وَلَوْ كَانَ لِلْسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ، وَلَوْ بَعْزُهُ يَسِيرٌ، فَلَا يُقَطَّعُ؛ كَمَا لَوْ سَرَقَ أَلْفَ دِينَارٍ، وَلَهُ مِنْهُ وَزْنٌ دِينَارٍ شَائِعٍ.

وَقِيلَ: يَجِبُ مَهْمَا أَخَذَ مِنْ مَالِ الشَّرِيكِ قَدَرُ نِصَابٍ، فَيَجِبُ عَلَى مَنْ سَرَقَ نِصْفَ دِينَارٍ

(١) قال الرافعي: «ولو قال السارق: سرقت ملكي سقط القطع بمجرد دعواه» المسألة معادة في آخر النظر

الثاني من السرقة، مع زيادة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أن يكون الملك تاماً» بين في «الوسيط» أنه قصد بقيد التمام الاحتراز عما إذا كان للشارق

شركة في المسروق، لكن في الشرط الثاني، وهو كون المال مملوكاً لغير السارق ما يغني عنه لأنه لا

يصدق أن يقال أن المشترك مملوك لغير السارق، وكما إذا كان للشارق فيه حق كمال بيت المال، لكن في

الشرط الخامس وهو كون المال خارجاً عن الشبهة استحقاق السارق ما يغني عنه. [ت]

مُشْتَرِكٍ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الشَّيْءُ قَابِلًا لِلْقِسْمَةِ، وَلَمْ يَرَدْ عَلَى مِقْدَارِ حَقِّهِ، حُمِلَ قِسْمَةً فَاسِدَةً، وَلَمْ يُقَطَّعْ، وَلَا قُطِعَ، أَمَّا مَا لِلسَّارِقِ فِيهِ حَقٌّ، كَمَا لَبِيتَ الْمَالِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ. أَحَدُهُمَا: لَا يُقَطَّعُ بِحَالٍ.

وَالثَّانِي: لَا يُقَطَّعُ، إِنْ كَانَ مُتَّصِفًا بِصِفَةِ الْأَسْتِحْقَاقِ.

وَأَمَّا الْإِبْنُ، فَلَا يُقَطَّعُ بِسَرَقَةِ مَالِ أَبِيهِ^(١)، وَكُلٌّ مَنْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ النَّفَقَةَ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا، وَيُقَطَّعُ بِسَرَقَةِ بَابِ الْمَسْجِدِ وَأَجْذَاعِهِ، وَفِي فُرْشِهِ وَجْهَانِ، وَفِي قَتْلِهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يُقَطَّعَ، وَفِي سَرَقَةِ الْمَوْقُوفِ وَالْمُسْتَوْلَدَةِ وَجْهَانِ؛ لِضَعْفِ الْمَلِكِ.

(الشَّرْطُ الْخَامِسُ): كَوْنُ الْمَالِ خَارِجًا عَنْ شُبْهَةِ اسْتِحْقَاقِ السَّارِقِ، فَالْقَطْعُ عَلَى مُسْتَحِقِّ الدِّينِ، إِذَا سَرَقَ مِنْ غَرِيمِهِ الْمُطَاطِلِ جِنْسَ حَقِّهِ، وَإِنْ سَرَقَ عَيْنَ جِنْسِ حَقِّهِ، فَفِيهِ خِلَافٌ (و)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُطَاطِلًا، قُطِعَ (و)، وَلَا يُقَطَّعُ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ عَلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ بِالْبُعْضِيَّةِ، وَفِي الزَّوْجَةِ خِلَافٌ، فَإِنْ قُلْنَا: تُقَطَّعُ الزَّوْجَةُ، فَقُطِعَ الزَّوْجُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا، فَفِي الزَّوْجِ [خِلَافٌ]^(٢)؛ لِمَا بَيَّنَّاهُمَا مِنَ الْأَتْحَادِ الْعُرْفِيِّ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُقَطَّعُ فِي عَبْدِ الزَّوْجِ وَجْهَانِ، وَلَا شَكٌّ فِي أَنَّ وَلَدَ الزَّوْجِ يُقَطَّعُ؛ إِذْ يُقَطَّعُ وَلَدُ الْأَبِ، وَهُوَ الْأَخُّ.

وَمِنَ الشُّبْهَةِ الْمُؤْتَرَةِ ظَنُّ السَّارِقِ مِلْكَ الْمَسْرُوقِ، أَوْ مِلْكَ الْحِزْرِ، أَوْ كَوْنُ الْمَسْرُوقِ مِلْكَ أَبِيهِ وَلَيْسَ مِنَ الشُّبْهَةِ كَوْنُ الشَّيْءِ مُبَاحَ الْأَصْلِ؛ كَالْحَطَبِ، وَلَا كَوْنُهُ (ح) رَطْبًا؛ كَالْفَوَاكِهِ وَلَا كَوْنُهُ (ح) مُعَرَّضًا لِلْفَسَادِ، كَالْمَرْقَةِ، وَالْجَمْدِ، وَالشَّمْعِ الْمُشْتَعِلِ، وَمَنْ قُطِعَ فِي عَيْنِ مَرَّةٍ، فَسَرَقَ مَرَّةً أُخْرَى، قُطِعَ ثَانِيًا، وَيُقَطَّعُ بِسَرَقَةِ الْمَالِ مِنْ يَدِ الْمُودِعِ وَالْوَكِيلِ وَالْمُرْتَهِنِ، وَيُقَطَّعُ بِسَرَقَةِ (ح و) الْمَاءِ، إِذَا قُلْنَا: أَنَّهُ مَمْلُوكٌ.

(الشَّرْطُ السَّادِسُ): كَوْنُهُ مُحَرَّرًا، وَهُوَ مَا عَلَى سَارِقِهِ خَطَرٌ؛ لِكَوْنِهِ مَلْحُوظًا غَيْرَ مُضَيَّعٍ؛ إِمَّا بِلَحَاطٍ دَائِمٍ، إِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَوْضِعُ حَصِينًا؛ كَالْمَتَاعِ الْمَوْضُوعِ فِي صَخْرَاءٍ، أَوْ بِلَحَاطٍ مُعْتَادٍ، إِنْ كَانَ فِي الْمَوْضِعِ حَصَانَةٌ؛ كَالْحَوَانِيتِ وَالذُّورِ، وَالْمُحَكَّمِ فِيهِ الْعُرْفُ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَى): الْإِضْطَبْلُ حِرْزٌ لِلدَّوَابِّ، لَا لِلثِّيَابِ وَعَرَصَةُ الدَّارِ حِرْزٌ لِلْأَوَانِي وَثِيَابِ الْبَذَلَةِ، لَا لِلثَّقُودِ وَالْحُلِيِّ، وَالْمُحَرَّرُ مَا لَا يُعَدُّ صَاحِبُهُ مُضَيَّعًا.

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَأَمَّا الْإِبْنُ فَلَا يَقَطَّعُ بِسَرَقَةِ مَالِ أَبِيهِ إِلَى آخِرِ الْمَسْأَلَةِ» مَذْكُورَةٌ فِي الشَّرْطِ الْخَامِسِ، وَالْمَقْصُودُ هَاهُنَا الْإِشَارَةُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْإِبْنِ حَيْثُ لَا يَقَطَّعُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِصِفَةِ الْأَسْتِحْقَاقِ لِعُغَاهُ، وَبَيْنَ مَالِ بَيْتِ الْمَالِ فَإِنَّمَا لَا يَقَطَّعُ سَارِقُهُ بِشَرَطِ أَنْ يَكُونَ بِصِفَةِ الْأَسْتِحْقَاقِ وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هَذَا فَلَا حَاجَةَ إِلَى أَنْ يَقُولَ: وَكُلٌّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ. [ت]

(٢) فِي أ: قَوْلَانِ.

(الثَّانِيَةُ): الْمَوْضُوعُ فِي الشَّارِعِ وَالْمَسْجِدِ مُحَرَّرٌ بِلَحَاطِ صَاحِبِهِ؛ بِشَرْطِ أَلَّا يَنَامَ وَلَا يُؤَلِّيه ظَهْرُهُ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَلَّا يَكُونَ زَحَامٌ يَشْغُلُ الْحِسَّ عَنْ حِفْظِ الْمَتَاعِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْمَلْحُوظُ بِعَيْنِ الضَّعِيفِ فِي الصَّخْرَاءِ لَيْسَ مُحَرَّرًا، إِذَا كَانَ لَا يُبَالِي بِهِ، وَالْمَحْفُوظُ فِي قَلْعَةٍ مُحْكَمَةٍ، إِذَا لَمْ يَكُنْ مَلْحُوظًا لَيْسَ بِمُحَرَّرٍ.

(الثَّالِثَةُ): الدَّارُ بِاللَّيْلِ مُحَرَّرٌ، وَلَوْ نَامَ فِيهَا صَاحِبُهَا، إِنْ كَانَ الْبَابُ مُغْلَقًا، وَإِنْ كَانَ مَفْتُوحًا، فَصَائِعٌ، وَبِالنَّهَارِ قَدْ يُعْتَمَدُ بِلَحَاطِ الْجِيرَانِ، فِيهِ وَجْهَانِ، أَمَّا أَطْرَافُ الْحَوَانِيتِ مُحَرَّرَةٌ بِأَعْيُنِ الْجِيرَانِ وَالْمَاوَةِ، وَإِنْ غَابَ عَنْهَا صَاحِبُهَا، أَوْ نَامَ، وَلَوْ تَعَقَّلَ السَّارِقُ صَاحِبَ الدَّارِ، وَهُوَ مُتَيْقِظٌ، وَالْبَابُ مَفْتُوحٌ، وَهُوَ يَتَرَدَّدُ فِي الدَّارِ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَدْعَى السَّارِقُ أَنَّهُ نَامَ، وَضَمَّ، سَقَطَ الْقَطْعُ بِمَجَرَّدِ دَعْوَاهُ؛ كَمَا فِي دَعْوَى الْمَلِكِ.

(الرَّابِعَةُ): الْخِيَامُ لَيْسَتْ كَالدُّورِ فِي الْحَصَانَةِ، فَيُفْتَقَرُّ إِلَى زِيَادَةِ لَحَاطِ، وَلَكِنْ لِإِحْكَامِ الرِّبْطِ وَتَنْضِيفِ الْأَمْنَةِ تَأْيِيدٌ فِي الْأَسْتِغْنَاءِ عَنْ دَوَامِ اللَّحَاطِ، وَالذُّوَابُ مُحَرَّرَةٌ بِنَظَرِ الرَّاعِي فِي الصَّخْرَاءِ، إِذَا كَانَ عَلَى نَشْرِ، وَالْقِطَارُ مُحَرَّرٌ بِالْقَائِدِ فِي صَخْرَاءٍ خَالٍ، أَوْ سَكَّةٍ مُسْتَوِيَةٍ، وَهُوَ تِسْعَةٌ مِنَ الْإِبِلِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَلَاحِظُ مَا وَرَاءَهُ، فَالْمُحَرَّرُ بِالْقَائِدِ الْأَوَّلِ، وَبِالزَّائِبِ مَرْكُوبُهُ وَمَا أَمَامَهُ وَوَاحِدٌ مِنْ خَلْفِهِ، وَبِالسَّائِقِ جَمِيعُ مَا أَمَامَهُ.

(الْخَامِسَةُ): لَا قَطْعَ عَلَى النَّبَاشِ فِي ثُرَيَّةٍ صَائِعَةٍ، وَيُقْطَعُ (ح) إِذَا سَرَقَ الْكَفَنَ مِنْ قَبْرِ فِي بَيْتِ مُحَرَّرٍ مُحَرَّرٍ^(١)، وَمِنْ مَقَابِرِ الْبِلَادِ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ يَجِبُ، فَبِالثُّوبِ الْمَوْضُوعِ مَعَ الْكَفَنِ وَالْمَلْفُوفِ زِيَادَةً عَلَى الْعَدَدِ الشَّرْعِيِّ وَجْهَانِ، ثُمَّ الْكَفَنُ لِلوَارِثِ، فَهُوَ الْخَصْمُ فِي السَّرِقَةِ، فَإِنْ كَفَّنَهُ أَجْنَبِيٌّ، فَالطَّلَبُ (و) لِلْأَجْنَبِيِّ.

(السَّادِسَةُ): إِذَا كَانَ الْحِزْرُ مِلْكًا لِلسَّارِقِ، وَلَكِنَّهُ فِي يَدِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ بِإِجَارَةٍ، قُطِعَ (ح)، وَإِنْ كَانَ بِغَضَبٍ، لَمْ يُقْطَعْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ حِزْرًا فِي حَقِّهِ، وَهَلْ تَكُونُ الدَّارُ الْمَغْضُوبَةُ حِزْرًا عَنْ غَيْرِ الْمَالِكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَارِيَةً، فَثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ الرُّجُوعَ بِالدُّخُولِ أَوْ لَا يَقْصِدُ؛ كَمَا يُفَرَّقُ فِيمَنْ وَطِئَ حَزْبِيَّةً بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ الْأَسْتِیْلَاءَ، أَوْ لَا يَقْصِدُ فِي نَسَبِ وَلَدِهِ، وَلَوْ كَانَ فِي الْحِزْرِ مَالٌ مَغْضُوبٌ لِلسَّارِقِ، فَأَخَذَ غَيْرَ الْمَغْضُوبِ، فَبِالْقَطْعِ وَجْهَانِ، لِشُبْهَةِ جَوَازِ الدُّخُولِ، وَإِنْ جَوَزْنَا لِلْأَجْنَبِيِّ أَنْتِزَاعَ الْمَغْضُوبِ لِلْحَسْبَةِ، جَرَى فِيهَا الْوَجْهَانِ أَيْضًا.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: نَفْسُ السَّرِقَةِ، وَهِيَ الْإِخْرَاجُ) وَالنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ.

(الْأَوَّلُ): فِي إِبْطَالِ الْحِزْرِ، وَهُوَ بِالتَّقْبِ وَفَتْحِ الْبَابِ، وَإِنْ تَقَبَّ وَعَادَ لِلْإِخْرَاجِ لَيْلَةً أُخْرَى، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْطَعُ إِلَّا إِذَا أَطْلَعَ الْمَالِكُ وَأَهْمَلَ، وَلَوْ أَخْرَجَ غَيْرُهُ، فَلَا قَطْعَ (و) عَلَيْهِمَا، وَإِنْ تَعَاوَنَا حَتَّى يَشْتَرِكَا فِي التَّقْبِ وَالْإِخْرَاجِ، قُطِعَا، وَإِنْ أَشْتَرَكَا فِي التَّقْبِ وَأَنْفَرَدَ وَاحِدٌ بِالْإِخْرَاجِ،

(١) قال الرافعي: «في بيت محرز محروس» الجمع بين اللفظين تأكيد. [ت]

فَالْقَطْعُ عَلَيْهِ خَاصَّةً، وَلَوْ أَحَدٌ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ فِي النَّقْبِ سُدْسًا، وَالْآخَرُ ثُلُثًا، فَلَا قَطْعَ إِلَّا عَلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ، وَلَا يُشْتَرَطُ (و) فِي الْأَشْتِرَاكِ فِي النَّقْبِ التَّحَامُلُ عَلَى آلٍ وَاحِدَةٍ، بَلِ التَّعَاقُبُ فِي الضَّرْبِ شَرَكَةٌ؛ بِخِلَافِ قَطْعِ الْيَدِ فِي الْقِصَاصِ، وَلَوْ دَخَلَ أَحَدُهُمَا، وَأَخْرَجَ الْمَالَ إِلَى بَابِ الْحِزْرِ، فَأَدَخَلَ الْآخَرُ يَدَهُ، وَأَخَذَهُ، فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ، لَا عَلَى الْأَوَّلِ، وَإِنْ وَضَعَ الْأَوَّلُ خَارِجَ الْحِزْرِ، فَعَلَيْهِ (ح) لَا عَلَى الْآخِذِ، وَإِنْ وَضَعَ عَلَى وَسْطِ النَّقْبِ، وَأَخَذَ الْآخَرُ، فَقَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي وَجْهِ الثَّقَلِ)، فَلَوْ رَمَى الْمَالَ إِلَى خَارِجِ الْحِزْرِ، قُطِعَ، أَخَذَهُ أَوْ تَرَكَهُ، وَلَوْ اسْتَخْرَجَ مِنَ الْحِزْرِ بِمِخْجَنِ، قُطِعَ، وَلَوْ أَكَلَ فِي الْحِزْرِ، لَمْ يَقُطَعْ، وَلَوْ أَبْتَلَعَ ذُرَّةً فِي الْحِزْرِ، فَثَلَاثَةُ أَزْجِهِ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهَا بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ عَنْهُ وَبَيْنَ الْأَقْصَدِ ذَلِكَ، وَلَوْ وَضَعَ الْمَتَاعَ عَلَى الْمَاءِ، حَتَّى جَرَى بِهِ إِلَى خَارِجِ الْحِزْرِ، قُطِعَ (و)، وَكَذَلِكَ (و) لَوْ فَتَحَ اسْفَلَ الْكَنْدُوجِ، حَتَّى أَنْصَبَ، وَلَوْ وَضَعَ عَلَى ظَهْرِ دَابَّةٍ، فَخَرَجَتْ، قِيلَ: لَا يَقُطَعُ؛ لاختِيَارِ الدَّابَّةِ.

وَقِيلَ: إِنْ سَارَتْ عَلَى الْفُورِ، قُطِعَ وَإِلَّا، فَوَجْهَانِ.

وَقِيلَ بِالْعَكْسِ، وَهُوَ تَرَدُّدٌ فِي أَنَّ التَّسَبُّبَ، هَلْ يَكْفِي لِلْقَطْعِ؟

وَلَوْ أَخْرَجَ شَاةً، فَتَبِعَهَا سَخْلَتَهَا أَوْ غَيْرَهَا، خُرِجَ عَلَى الْخِلَافِ؛ لاختِيَارِ الدَّابَّةِ.

وَلَوْ حَمَلَ عَبْدًا صَغِيرًا مِنْ حَرِيمِ دَارِ سَيِّدِهِ، قُطِعَ؛ لِأَنَّهُ حِزْرُهُ إِلَّا أَنْ يَبْعُدَ عَنْهُ، فَلَوْ دَعَاهُ وَخَدَعَهُ، فَهُوَ مُمَيِّزٌ، فَلَا قَطْعَ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْبَهِيمَةِ، وَلَوْ أَكْرَهَ الْمُمَيِّزُ بِالسَّيْفِ عَلَى الْخُرُوجِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَمَلَ عَبْدًا قَوِيًّا، فَلَمْ يَمْتَنِعْ، فَلَا قَطْعَ إِذْ حِزْرُهُ قُوَّتُهُ وَهُوَ مَعَهُ وَكَذَا إِنْ كَانَ نَائِمًا، وَلَوْ حَمَلَ حُرًّا، وَمَعَهُ ثِيَابُهُ، فَفِي دُخُولِ الثِّيَابِ تَحْتَ يَدِهِ نَظَرٌ، فَإِنْ كَانَ قَوِيًّا، لَمْ تَدْخُلْ (و)، وَإِنْ كَانَ ضَعِيفًا، تَدْخُلُ (و)، وَهَلْ يَكُونُ سَارِقًا؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَامَ عَلَى الْبَعِيرِ، وَعَلَيْهِ أَمْتِعَةٌ، وَأَخَذَ السَّارِقُ زِمَامَهُ؛ حَتَّى أَخْرَجَهُ مِنَ الْقَافِلَةِ، فَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَزْجِهِ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ الْقَوِيِّ وَالضَّعِيفِ، وَفِي الرَّابِعِ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي مَحَلِّ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ)، وَلَا يَقُطَعُ بِالثَّقَلِ مِنْ رَاوِيَةِ الْحِزْرِ إِلَى رَاوِيَةِ أُخْرَى، وَلَوْ نَقَلَ مِنَ الْبَيْتِ إِلَى صَخْنِ الدَّارِ، وَهُوَ أَيْضًا مُحَرَّرٌ، فَثَلَاثَةُ أَزْجِهِ، يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْعَرْصَةُ حِزْرًا لَهُ، وَمَا لَيْسَ حِزْرًا لَهُ، وَلَوْ أَخْرَجَ مِنْ حُجْرَةِ الْحَاكِ إِلَى الْعَرْصَةِ، فَهُوَ كَعَرْصَةِ الدَّارِ، إِذَا كَانَ مُحَرَّرًا، وَإِلَّا فَكَالسَّارِعِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ مُحَرَّرًا، وَالسَّكَّةُ الْمُنْسَدَةُ الْأَسْفَلُ؛ كَالسَّارِعِ لَا كَعَرْصَةِ الْحَاكِ، وَعَرْصَةُ الْحَاكِ أَيْضًا حِزْرٌ لِبَعْضِ الْأَمْتِعَةِ أَيْضًا، لَكِنْ فِي حَقِّ السُّكَّانِ لَيْسَ بِحِزْرِ، وَلَا قَطْعَ عَلَى الضَّعِيفِ، إِذَا سَرَقَ؛ إِذْ لَيْسَ مُحَرَّرًا عَنْهُ، وَكَذَا الْجَارُ إِذَا سَرَقَ مِنْ طَرَفِ حَائُوثِ الْجَارِ؛ حَيْثُ يُحَرِّزُ بِلِحَاطِ الْجِيرَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: السَّارِقُ)، وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ وَالْإِتِمَامُ، فَلَا قَطْعَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَيَجِبُ عَلَى الذَّمِيِّ، ثُمَّ يُسْتَوْفَى قَهْرًا، لَوْ سَرَقَ مَالٌ مُسْلِمٍ، وَإِنْ سَرَقَ مَالٌ ذِمِّيٍّ، فَإِذَا تَرَافَعُوا وَإِذَا رَزَى بِمُسْلِمَةٍ، رُجِمَ قَهْرًا، وَإِنْ كَانَ الْحَدُّ لِلَّهِ تَعَالَى.

أَمَّا الْمُعَاهَدُ، فَثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ كَالذَّمِيِّ.

(وَالثَّانِي): لَا يُقَطَّعُ أَصْلًا.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يُقَطَّعُ إِنْ شُرِطَ عَلَيْهِ ذَلِكَ فِي الْعَهْدِ.

وَلَوْ رَزَى بِمُسْلِمَةٍ، فَبِی الْحَدِّ طَرِيقَانِ:

قِيلَ: كَالسَّرِقَةِ.

وَقِيلَ: لَا يُقَامُ قَطْعًا؛ لِأَنَّهُ لَا خُصُومَةَ لِلذَّمِيِّ فِيهِ.

وَيَسْتَوِي فِي الْقَطْعِ الْمَرْأَةُ وَالرَّجُلُ، وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ.

(النَّظَرُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ: فِي إِثْبَاتِ السَّرِقَةِ وَحُجَّتِهَا):

وَتَبَيَّنَ بِالْيَمِينِ الْمَرْذُودَةِ، وَيَتَبَيَّنُ إِجْبَابُ الرَّجْمِ بِالْيَمِينِ الْمَرْذُودَةِ فِي الزَّنَا بِالْجَارِيَةِ الْمَمْلُوكَةِ.

وَتَبَيَّنَ أَيْضًا بِالْإِفْرَارِ مَعَ الْإِضْرَارِ، فَإِنْ رَجَعَ، لَمْ يَسْقُطِ الْغُرْمُ، وَفِي سُقُوطِ الْقَطْعِ قَوْلَانِ^(١).

وَقِيلَ: يَسْقُطُ الْقَطْعُ.

وَفِي سُقُوطِ الْغُرْمِ بِالتَّبَعِيَّةِ قَوْلَانِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِاسْتِكْرَاهِ جَارِيَةٍ عَلَى الزَّنَا، ثُمَّ رَجَعَ، سَقَطَ الْحَدُّ، وَلَا يَسْقُطُ الْمَهْرُ، وَلَوْ أَقَرَّ السَّارِقُ قَبْلَ الدَّعْوَى، فَهَلْ يُقَطَّعُ فِي الْحَالِ، أَوْ يُنْتَظَرُ طَلَبُ الْمَالِكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يُنْتَظَرُ سَيِّدُ الْجَارِيَةِ، إِذَا أَقَرَّ بِالزَّنَا بِهَا مَعَ الْإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ مَالِكَ الْجَارِيَةِ، لَوْ قَالَ: كُنْتُ مَلَكَتُكَ قَبْلَ هَذَا، فَكَذَّبَ، لَمْ يَسْقُطِ الْحَدُّ، وَبِمِثْلِهِ يَسْقُطُ الْحَدُّ فِي السَّرِقَةِ؛ إِذَا يُقَطَّعُ بِطَلَبِ الْمَالِكِ؛ هَذَا فِي الْحُرِّ.

أَمَّا الْعَبْدُ، إِذَا أَقَرَّ بِسَّرِقَةٍ تُوجِبُ الْقَطْعَ، قُطِعَ، وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْمَالِ؟ فِيهِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا) أَنَّهُ يُقْبَلُ؛ لِانْتِفَاءِ التَّهْمَةِ.

(وَالثَّانِي): لَا.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يُقْبَلُ، إِنْ كَانَ الْمَسْرُوقُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ تَلَفَ، فَلَا.

(١) قال الرافعي: «وفي سقوط القطع قولان» الأشهر وجهان، وكذا حال قوله، ومن سقوط الغرم بالتبعية قولان فإذا حضر المسروق منه بعد شهادة الحسبة، وطلب قطع أي إذا سمعنا شهادة الحسبة في السرقة.

(وَالرَّابِعُ): أَنَّهُ يُقْبَلُ عَلَى الْمُتْلِفِ؛ إِذَا لَا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ إِلَّا قَدْرُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ.

وَأَمَّا الْأَغْيَانُ، فَيَقْبُولُ قَوْلَهُ فِيهِ إِضْرَارٌ بِالسَّيِّدِ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِسَرِقَةٍ مَا دُونَ النَّصَابِ، لَمْ يُقْبَلْ فِي الْمَالِ عَلَى السَّيِّدِ قَطْعًا، وَلِلْقَاضِي أَنْ يُشِيرَ عَلَى السَّارِقِ؛ تَعْرِضًا بِانْكَارِ السَّرِقَةِ، فَيَقُولُ: مَا إِحَالُكَ سَرَقْتَ، وَلَمْ يَصَحَّ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَسَرَقْتَ، قُلْ: لَا»، وَبَعْدَ الْإِقْرَارِ لَا يَحْتُمُهُ عَلَى الرُّجُوعِ، وَإِنَّمَا السُّتْرُ قَبْلَ الظُّهُورِ.

وَالْحُجَّةُ الثَّالِثَةُ لِلْسَّرِقَةِ الشَّهَادَةُ، وَتَثْبُتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، ثَبَتَ الْغَزْمُ دُونَ الْقَطْعِ، وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى السَّرِقَةِ مُطْلَقًا، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ التَّفْصِيلِ؛ وَكَذَا شَهَادَةُ الزَّانَا، أَمَّا الْقَذْفُ الْمُطْلَقُ، فَمُوجِبٌ لِلْحَدِّ، وَالْإِقْرَارُ بِالزَّانَا الْمُطْلَقِ فِيهِ خِلَافٌ.

وَإِذَا قَامَتْ شَهَادَةُ حَسْبَةِ عَلَى السَّرِقَةِ فِي غَيْبَةِ الْمَالِكِ، سَمِعَتْ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)؛ كَمَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَكِنَّ النَّصَّ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ حَتَّى يَحْضُرَ، وَلَوْ قَامَتْ فِي الزَّانَا بِجَارِيَةٍ، حُدُّ دُونَ حُضُورِ الْمَالِكِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَإِذَا حَضَرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ بَعْدَ شَهَادَةِ الْحَسْبَةِ، وَطَلَبَ، قُطِعَ، وَلَا تُسْتَأْنَفُ الشَّهَادَةُ لِأَجْلِ الْغَزْمِ^(١)، بَلْ يَثْبُتُ تَابِعًا، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُسْمَعُ فِي السَّرِقَةِ شَهَادَةُ الْحَسْبَةِ، فَيُعَادُ لِأَجْلِ الْمَالِ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُعَادُ لِأَجْلِ الْقَطْعِ، إِذَا سُمِعَ مَرَّةً، وَدَعَا السَّارِقَ أَلَمْلَكَ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ يَدْفَعُ الْقَطْعَ، إِنْ لَمْ يُكَذِّبِ الشَّاهِدُ؛ بِأَنْ قَالَ: كَانَ قَدْ وَهَبَ مِنِّي قَبْلَ السَّرِقَةِ، وَالشَّاهِدُ اعْتَمَدَ الظَّاهِرَ، وَلَوْ نَفَى أَضْلَ مِلْكِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، وَقُلْنَا: لَيْسَ لَهُ تَخْلِيفُ الْمُدَّعِي بَعْدَ الْبَيِّنَةِ، لَمْ يَنْدَفِعْ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ تَخْلِيفُهُ، اخْتَمَلَ دَفْعُ الْقَطْعِ.

(النَّظَرُ الثَّالِثُ: فِي الْوَاجِبِ)، وَهُوَ الْقَطْعُ، وَرَدُّ الْمَالِ، أَوْ الْغَزْمُ (ح م)، إِنْ كَانَ تَالِفًا، ثُمَّ يُقْطَعُ الْيُمْنَى مِنَ الْكُوعِ، فَإِنْ عَادَ، قُطِعَ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، فَإِنْ عَادَ، فَيَدُهُ الْيُسْرَى (ح)، فَإِنْ عَادَ، فَرِجْلُهُ الْيُمْنَى (ح)، فَإِنْ عَادَ، عَزَّرَ، وَلَمْ يُقْتَلْ (و)، وَيُعْمَسُ مَحَلُّ الْقَطْعِ فِي الزَّيْتِ الْمَغْلِيِّ؛ لِتُخَسَمَ السَّرَايَةُ، وَلَيْسَ (و) ذَلِكَ مِنَ الْحَدِّ؛ بَلْ نَظَرًا لِلْمَقْطُوعِ، وَعَلَيْهِ (و) مُؤَنَّتُهُ، وَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ، عَلَّقَ يَدَهُ فِي رَقَبَتِهِ ثَلَاثًا؛ لِلتَّنْكِيلِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى يَدِهِ أَصْبُغٌ زَائِدَةٌ، قَطَعْنَاهَا (و)، وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً أَوْ سَلَاءً، أَكْتَفَيْنَاهَا (و) بِهَا مَا بَقِيَ أَصْبُغٌ وَاحِدَةً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا الْكَفُّ، فَهَلْ يُنْفَعُ بِهِ أَمْ يُعْدَلُ إِلَى الرَّجْلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَنْ لَا يَمِينُ لَهُ، إِذَا سَرَقَ، قُطِعَ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، وَإِنْ سَرَقَ، فَسَقَطَ يُمْنَاهُ بِأَقْفٍ، سَقَطَ (و) الْحَدُّ، فَلَوْ بَادَرَ الْجَلَادُ، فَقَطَعَ الْيَدَ الْيُسْرَى عَمْدًا، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَالْحَدُّ بَاقٍ (ح)، وَإِنْ غَلِطَ سَقَطَ بِهِ الْحَدُّ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَوَجِبَتِ الدِّيَةُ، وَبَقِيَ الْحَدُّ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْمِعْصَمِ كَفَّانِ، قَطَعْنَا

(١) قال الرافعي: «ولا تستأنف الشهادة لأجل الغرم» هذا وجه والأصح عند صاحب التهذيب وغيره أنها تستأنف؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال. [ت]

الْأَضْلِيَّةَ، إِنْ أَمَكَنَّ، وَإِلَّا قَطَعْنَاهُمَا.

(الْجِنَايَةُ السَّادِسَةُ: قَطْعُ الطَّرِيقِ)، وَالنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ:

(الْأَوَّلُ: صِفَتُهُمْ)، وَهِيَ الشُّوْكَةُ، وَالْبُعْدُ مِنَ الْغَوْثِ، وَمَنْ لَا شُوْكَةَ لَهُ، فَهُوَ مُخْتَلِسٌ، فَيُعَزَّزُ، وَمِنْ الشُّوْكَةِ أَنْ يَغْتَمِدَ الْقُوَّةَ فِي مُغَالَبَةِ الْمُسَافِرِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الذُّكُورَةُ (ح)، وَلَا شَهْرُ السَّلَاحِ (ح)، وَلَا الْعَدَدُ، بَلِ الْمَرْأَةُ الْوَاحِدَةُ، لَوْ غَالَبَتْ بِفَضْلِ قُوَّةٍ، فَهِيَ قَاطِعَةُ طَرِيقٍ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ شُوْكَةً وَلَكِنْ اسْتَسْلَمَ الرِّفَاقُ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ تَقَاوَمَ الْفَرِيقَانِ، وَتَقَاتَلُوا، فَأَخَذُوا الْمَالَ، فَهُمْ قُطَاعٌ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرُوا عَلَى اخْتِادِ الْمَالِ بَعْدَ الْمُقَاطَعَةِ، فَهُمْ قُطَاعٌ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، أَمَّا الْبُعْدُ عَنِ الْغَوْثِ، فَيُعْتَبَرُ؛ لِأَنَّهُ عَلَى قُرْبِ الْعُمَرَانِ يَغْتَمِدُ عَلَى الْهَرَبِ دُونَ الشُّوْكَةِ، إِلَّا أَنْ تَضَعَفَ قُوَّةُ السُّلْطَانِ، فَمَنْ أَخَذَ فِي الْبَلَدِ مَالًا بِالْمُغَالَبَةِ، فَهُوَ قَاطِعُ طَرِيقٍ (ح م)، وَلَوْ دَخَلَ دَارًا بِاللَّيْلِ، وَأَخَذَ الْمَالَ بِالْمُكَابَرَةِ، وَمَنَعَ مِنَ الْأَسْتِغَاثَةِ فِي وَقْتِ قُوَّةِ السُّلْطَانِ، فَهُوَ سَارِقٌ، أَوْ قَاطِعُ طَرِيقٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي فِي الْعُقُوبَةِ)، فَإِنْ اقْتَصَرَ الْقَاطِعُ عَلَى اخْتِادِ نِصَابٍ، فَيُقْطَعُ يَدُهُ الْيُمْنَى، وَرِجْلُهُ الْيُسْرَى فَإِنْ عَادَ قَطَعَتِ الْيَدُ الْيُسْرَى وَالرِّجْلُ الْيُمْنَى، وَلَا يُقْطَعُ (و) فِيمَا دُونَ النَّصَابِ، وَسَوَاءٌ كَانَ النَّصَابُ لِوَاحِدٍ أَوْ لِمَجَاعَةٍ الرُّفْقَةِ.

وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى الْقَتْلِ الْمُجَرَّدِ، فَيَتَحَمَّ قَتْلُهُ، وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى الْإِزْعَابِ، وَكَانَ رِذَاءً فَلَا يَجِبُ (ح) إِلَّا التَّغْزِيرُ.

وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَخْذِ وَالْقَتْلِ، لَمْ يُقْطَعِ (و)، لَكِنْ يُقْتَلُ وَيُغْسَلُ وَيُصَلَّى (ح و م) عَلَيْهِ، ثُمَّ يُصَلَّبُ وَيُتْرَكُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ عَلَى قَوْلٍ^(١).

وَعَلَى قَوْلٍ حَتَّى يَتَهَرَّى.

وَفِيهِ وَجْهٌ^(٢)، أَنَّهُ يُصَلَّبُ، ثُمَّ يُقْتَلُ (و) بِتَرْكِه جَائِعًا؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَبِجِرَاحَةٍ مُذَقِّقَةٍ؛ عَلَى وَجْهِهِ، ثُمَّ يُغْسَلُ وَيُصَلَّى (ح و) عَلَيْهِ بَعْدَ اسْتِنْزَالِهِ^(٣)، وَأَمَّا النَّفْيُ، فَعَبْرُ مَقْصُودٍ، وَلَكِنْ إِنْ هَرَبُوا، شَرَّدْنَاهُمْ فِي الْبِلَادِ (ح) بِالْإِتْبَاعِ.

وَقِيلَ: هِيَ عُقُوبَةٌ مَقْصُودَةٌ فِيمَنْ اقْتَصَرَ عَلَى الْإِزْعَابِ، فَيُنْفَى إِلَى بَلَدٍ، ثُمَّ يُقَوَّرُ بِهَا، أَوْ يُخَبَسُ.

(١) قال الرافعي: «ثم يُصَلَّبُ ويترك ثلاثة أيام على قول»: إن علق قوله على قول، بتقديم القتل على الصلْبِ فذاك وإن علق بقوله: ويترك ثلاثة أيام فهو وجه لا قول. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وعلى قول حتى يتهرى وفيه وجه» لا قول، وفيه وجه أنه يقتل ثم يصلب هو قول لا وجه. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ثم يغسل ويصلى عليه بعد استنزاله» لا حاجة إليها فقد ذكر في الجنائز من غسل قاطع الطريق والصلاة عليه مما يغني عما ذكره ها هنا. [ت]

وَقِيلَ: يُقْتَصَرُ عَلَى الثَّغْيِ.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي حُكْمِ هَذِهِ الْعُقُوبَةِ)، وَلَهَا حُكْمَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ يَنْسَقُطُ بِالتَّوْبَةِ قَبْلَ الظَّفَرِ، وَأَمَّا بَعْدَهُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ يَجْرِيَانِ فِي جَمِيعِ الْحُدُودِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ مَنْ ظَهَرَ تَقْوَاهُ، فَلَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحُدُودُ الْمَاضِيَةُ، وَلَكِنْ قَوْلُهُ عِنْدَ التَّعْرِيضِ؛ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ: «ثُبْتُ» لَا يُوثَقُ بِهِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُعْتَبَرُ مَعَهُ الْأَسْتِيزَاءُ وَصَلَاحُ الْحَالِ بِالْعَمَلِ، وَالْإِسْقَاطُ بِمَجَرَّدِ قَوْلِهِ: «ثُبْتُ» بَعِيدٌ، ثُمَّ إِنَّمَا يَنْسَقُطُ بِالتَّوْبَةِ الْحَدُّ دُونَ الْقِصَاصِ وَالْعَزْمِ، وَيَنْسَقُطُ قَطْعُ الْيَدِ [ح] ^(١) وَالرَّجُلُ جَمِيعًا، وَإِنْ أَخَذَ نِصَابًا.

(الحُكْمُ الثَّانِي): أَنَّ الْقَتْلَ حَتَّى اللَّهُ تَعَالَى؛ حَتَّى لَوْ عَفَا وَلِيُّ الدَّمِّ، قُتِلَ حَدًّا وَهَلْ يَنْبُتُ حَتَّى الْقِصَاصِ مَعَهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

فَإِنْ قُلْنَا: يَنْبُتُ، لَمْ يُقْتَلَ بِمَنْ لَيْسَ بِكَفٍّ، وَإِنْ مَاتَ بَقِيَتِ الدِّيَّةُ فِي تَرْكِه، وَإِنْ قُتِلَ جَمَاعَةٌ، قُتِلَ بِوَاحِدٍ، وَلِلْآخَرِينَ الدِّيَّةُ، وَإِنْ عَفِيَ عَلَى مَالٍ، قُتِلَ حَدًّا، وَلَهُ الدِّيَّةُ، فَلَوْ تَابَ قَبْلَ الظَّفَرِ، لَمْ يَنْسَقُطِ الْقِصَاصُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ حَدٌّ مَخْصُصٌ، فَلَا مَدْخَلَ لِلدِّيَّةِ فِيهِ، وَلَا لِلْكَفَّارَةِ، وَلَا يَبْقَى قِصَاصٌ بَعْدَ التَّوْبَةِ.

(فُرُوعُ: الْأَوَّلُ) الْجُرْحُ السَّارِي يُوجِبُ قِتْلًا مُتَحْتَمًّا، وَلَوْ قَطَعَ غُضُوًّا، فَهَلْ يَتَحَتَّمُ قَطْعُهُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٍ يُفَرِّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ مَا عُهِدَ حَدًّا، كَالْقَطْعِ، وَبَيْنَ مَا لَمْ يُعْهَدْ؛ كَالجَذْعِ وَفَقْدِ الْعَيْنِ.

(الثَّانِي): أَنَّهُ يُوَالِي بَيْنَ قَطْعِ الْيَدِ وَالرَّجُلِ.

وَمَنْ اسْتَحَقَّ يَسَارَهُ بِالْقِصَاصِ، وَيَمِينُهُ بِالسَّرِقَةِ، قُدِّمَ الْقِصَاصُ، وَيُمنَهِلُ؛ حَتَّى يَنْدَمِلَ، ثُمَّ يَقْطَعُ الْيُسْرَى لِلْسَّرِقَةِ.

وَلَوْ اسْتَحَقَّ يَمِينُهُ بِالْقِصَاصِ، ثُمَّ قَطَعَ الطَّرِيقَ، قُطِعَ يَمِينُهُ لِلْقِصَاصِ؛ تَقْدِيمًا لِحَقِّ الْآدَمِيِّ، وَقُطِعَ رِجْلُهُ مِنْ غَيْرِ إِمْهَالٍ (و)، لِأَنَّ الْمُوَالَاةَ مُسْتَحَقَّةٌ، لَوْ قُدِّرْنَا عَلَى قَطْعِ يَمِينِهِ حَدًّا.

(الثَّالِثُ): إِذَا اجْتَمَعَتْ عُقُوبَاتٌ لِلْآدَمِيِّينَ؛ كَحَدِّ الْقَذْفِ وَالْقَطْعِ وَالْقَتْلِ، وَطَلَبُوا جَمِيعًا، جُلِدَ، ثُمَّ قُتِلَ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَحَقُّ الْقَتْلِ غَائِبًا، لَمْ يُبَادَرْ إِلَى الْقَطْعِ بَعْدَ الْجُلْدِ؛ خَوْفًا مِنَ الْهَلَكَ بِالْمُوَالَاةِ، وَإِنْ أَخَّرَ مُسْتَحَقُّ الطَّرْفِ حَقَّهُ، اسْتَوْفِيَ الْجُلْدُ، وَتَعَدَّرَ الْقَتْلُ؛ إِذْ فِيهِ تَقْوِيتُ الْقَطْعِ، فَعَلَى مُسْتَحَقِّ الْقَتْلِ الصَّبْرُ أَبَدًا إِلَى أَنْ يَقْطَعَ مُسْتَحَقُّ الطَّرْفِ.

(الرَّابِعُ): إِذَا اجْتَمَعَ حُدُودٌ لِلَّهِ تَعَالَى؛ كَحَدِّ الشُّرْبِ، وَالْقَذْفِ، وَالزَّوْنِ، وَقَطْعِ السَّرِقَةِ، وَالْقَتْلِ، فَالْبِدَايَةُ بِالْأَخْفِ، ثُمَّ يُمنَهِلُ إِلَى الْأَنْدِمَالِ، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ إِلَّا الْقَتْلُ، فَلَا إِمْهَالَ، وَلَوْ اجْتَمَعَ حَدُّ الْقَذْفِ وَحَدُّ الشُّرْبِ، قُدِّمَ حَدُّ الْقَذْفِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْآدَمِيِّ، وَعَلَى وَجْهِ يُقَدِّمُ حَدُّ الشُّرْبِ؛ لِأَنَّهُ

أَخْفَ، وَمَنْ زَنَى، وَهُوَ يَكْرِ، ثُمَّ زَنَى، وَهُوَ يُكِبُّ، أَنْدَرَجَ جَلْدُهُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، تَحْتَ الرَّجْمِ^(١).

(الْحَامِسُ): أَنَّ قَطَعَ الطَّرِيقَ يَنْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، وَلَوْ مِنَ الرُّفْقَةِ، إِذَا لَمْ يُضَيَّفُوا فِي الشَّهَادَةِ الْجِنَايَةِ إِلَى أَنْفُسِهِمْ؛ بِأَنْ يَقُولُوا: أَخَذَ مَالُ رُفَقَاتِنَا وَمَالُنَا.

(الْجِنَايَةُ السَّائِعَةُ: الشُّرْبُ)، وَالنَّظَرُ فِي الْمَوْجِبِ وَالْوَاجِبِ:

(أَمَّا الْمَوْجِبُ): فَكُلُّ مُلْتَزِمٍ شَرِبَ مَا اسْتَكْرَ حِنْشُهُ مُخْتَاراً (و) مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَعُدْرٍ، لَزِمَهُ الْحَدُّ؛ فَلَا حَدَّ عَلَى الْحَزْبِيِّ، وَالْمَعْجُونِ، وَالصَّبِيِّ، وَلَا يَجِبُ (و) عَلَى الدَّمِيِّ أَيْضاً؛ لِأَنَّهُ لَا يَغْتَقَدُ تَحْرِيمَهُ، وَيَجِبُ عَلَى الْحَنْفِيِّ، إِذَا شَرِبَ النَّبِيذَ.

وَقِيلَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا.

وَيَجِبُ لِشُرْبِ النَّبِيذِ الْمُسَكَّرِ حِنْشُهُ، وَإِنْ قَلَّ (ح).

وَلَا يَجِبُ (و) عَلَى الْمُكْرَهِ، وَلَا عَلَى مَنْ (و) اضْطَرَّهُ الْعَطَشُ، أَوْ إِسَاعَةُ لَقْمَةٍ إِلَى شُرْبِ خَمْرٍ^(٢)؛ إِذْ يَجُوزُ لَهُ (و) ذَلِكَ.

وَلَا يَجُوزُ (و) التَّدَاوِي بِالْخَمْرِ، وَلَكِنْ يَسْقُطُ (و) الْحَدُّ بِهِ، وَيَجُوزُ التَّدَاوِي بِالْأَعْيَانِ النَّجَسَةِ وَالْمَعْجُونِ الَّذِي فِيهِ خَمْرٌ، وَلَا يَجِبُ عَلَى حَدِيثِ الْعَهْدِ، إِذَا لَمْ يَغْلَمْ التَّحْرِيمَ، فَإِنْ عَلِمَ وَلَمْ يَغْلَمْ وَجُوبَ الْحَدِّ، حَدٌّ، وَمَنْ شَرِبَهُ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ شَرَابٌ آخَرُ، فَلَا حَدَّ، وَلَوْ سَكَّرَ، فَهُوَ كَالْمَغْمَى عَلَيْهِ، فَلَا يَلْزِمُهُ قَضَاءُ الصَّلَاةِ، وَلَا يُحَدُّ مَا لَمْ يَظْهَرَ الْمَوْجِبُ لِلْقَاضِي بِشُرُوطِهِ، بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ إِقْرَارٍ، وَلَا يُعَوَّلُ عَلَى التَّكْهَةِ وَالزَّائِحَةِ، وَيَكْفِي أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ: شَرِبَ مُسَكِّراً، أَوْ شَرِبَ مَا شَرِبَ غَيْرُهُ، فَسَكَّرَ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْوَاجِبِ)، وَهُوَ أَزْبَعُونَ جَلْدَةً، وَلَوْ ضُرِبَ قَرِيباً مِنْ ذَلِكَ بِالتَّعَالِ، وَأَطْرَافِ الثِّيَابِ، كَفَى؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ رَأَى الْإِمَامُ أَنْ يُجْلَدَ ثَمَانِينَ، جَازَ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، وَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الثَّمَانِينَ أَصْلاً.

وَكَيْفِيَّةُ الْجَلْدِ: أَنْ يُضْرَبَ بِسَوْطٍ مُعْتَدِلٍ، أَوْ خَشَبَةٍ بَيْنَ الْقَضِيبِ وَالْعَصَا، وَبَيْنَ الرُّطُوبَةِ وَالْيَبُوسَةِ، وَلَا يَرْفَعُ يَدَهُ فَوْقَ الرَّأْسِ؛ حَتَّى لَا يَشْتَدَّ الْأَلَمُ، وَيُفَرِّقَهُ عَلَى جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ،

(١) قال الراعي: «وَمَنْ زَنَا وَهُوَ بَكَرٌ ثُمَّ زَنَا وَهُوَ ثِيَبٌ أَنْدَرَجَ جَلْدُهُ تَحْتَ الرَّجْمِ» الْأَصَحُّ عِنْدَ صَاحِبِ التَّهْذِيبِ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ لَا يَنْدَرَجُ. [ت]

(٢) قال الراعي: «وَلَا عَلَى مَنْ اضْطَرَّهُ الْعَطَشُ أَوْ إِسَاعَةُ لَقْمَةٍ إِلَى شُرْبِ الْخَمْرِ» الْأَظْهَرُ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الشُّرْبُ لِدَفْعِ الْعَطَشِ.

[وَلَا يَبْقَى الرَّأْسُ] ^(١) (ح)، وَلَا يُشَدُّ يَدُ الْمَجْلُودِ؛ لِيَتَّقِيَ يَدَهُ، وَلَا يَتَلَّ لَوَجْهِهِ، وَلَا يَكْبُ، بَلْ يُجْلَدُ الرَّجُلُ قَائِمًا، وَالْمَرْأَةُ جَالِسَةً، وَيَبَاطِهَا مَلْفُوفَةً عَلَيْهَا، وَيُوَالَى بَيْنَ الضَّرْبِ، وَلَا يُفَرَّقُ عَلَى الْيَامِ تَفْرِيقًا يَقَعُ اللَّاحِقُ بَعْدَ زَوَالِ أَلَمِ السَّابِقِ.

هَذِهِ هِيَ الْجَنَائِثُ الْمُوجِبَةُ لِلْحَدِّ، وَمَا عَدَاهَا وَمُقَدِّمَاتُهَا، فَيُوجِبُ التَّعْزِيرَ، (وَالنَّظَرُ فِي التَّعْزِيرِ) فِي قَدْرِهِ وَمُوجِبِهِ وَمُسْتَوْفِيهِ:

(أَمَّا مُوجِبُهُ)، فَهُوَ كُلُّ مَا يَعْصِي بِهِ الْعَبْدُ رَبَّهُ؛ مِنْ جَنَائِثٍ عَلَى حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، أَوْ حَقِّ الْآدَمِيِّ. (أَمَّا قَدْرُهُ)، فَلَا يَتَقَدَّرُ أَقْلُهُ، وَأَكْثَرُهُ،

وَقِيلَ: إِنَّهُ يُحْطَ عَنْ عِشْرِينَ جَلْدَةً، وَهُوَ أَقْلُ مَا يَجِبُ فِي الْحُدُودِ، وَهُوَ حَدُّ شُرْبِ الْعَبْدِ.

وَقِيلَ: بَلْ تَعْزِيرُ الْحُرِّ إِنَّمَا يُحْطَ (م) عَنْ حَدِّهِ، وَهُوَ الْأَرْبَعُونَ.

وَقِيلَ: تَعْزِيرُ مُقَدِّمَاتِ الزَّنَا، إِنَّمَا يُحْطَ (م) عَنْ حَدِّ الزَّنَا، لَا عَنْ حَدِّ الشُّرْبِ وَالْقَذْفِ.

وَقِيلَ: لَا يُزَادُ عَلَى عَشْرَةٍ؛ لَوُرُودِ خَبَرٍ فِيهِ صَحْحُهُ بَعْضُ الْأَيْمَةِ ^(٢)، وَلَا يَجُوزُ (م) أَنْ يُقْتَلَ فِي

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «لورود خبر فيه صححه بعض الأئمة» أورد البخاري في الصحيح عن عبد الله بن يوسف عن

الليث عن يزيد بن أبي حبيب عن بكير بن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبي بردة قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جُلْدَاتٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى» وأخرجه مسلم عن أحمد بن عيسى عن ابن وهب عن عمر وعن بكير وأراد بقوله: «صححه بعض الأئمة» صاحب «التقريب»، والحديث أظهر من أن يُضَافَ تصحيحه إلى فرد من الأئمة. [ت]

والحديث أخرجه البخاري (١٨٢/١٢) كتاب الحدود، باب كم التعزير والأدب حديث (٦٨٤٨). وأبو داود (٥٧٣/٢) كتاب الحدود، باب في التعزير حديث (٤٤٩١). والترمذي (٥١/٤) كتاب الحدود، باب ما جاء في التعزير حديث (١٤٦٣). وابن ماجه (٨٦٧/٢) كتاب الحدود، باب التعزير حديث (٢٦٠١). وأحمد (٤٦٦/٣، ٤٥/٤). والدارمي (١٧٦/٢) كتاب الحدود، باب التعزير في الذنوب. والطحاوي في «مشكل الآثار» (١٦٤/٣). وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٨٥٠). والبيهقي (٣٢٧/٨). والبلغوي في «شرح السنة» (٥٠١/٥) - بتحقيقنا كلهم من طريق يزيد بن أبي حبيب عن بكير بن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله عن أبي بردة كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «لَا يَجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جُلْدَاتٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ».

وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث بكير بن الأشج وقد اختلف أهل العلم في التعزير وأحسن شيء روي في التعزير هذا الحديث. قال: وقد روى ابن لهيعة عن بكير فأخطأ فيه وقال عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو خطأ والصحيح حديث الليث بن سعد إنما هو عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله عن أبي بردة بن نيار عن النبي صلى الله عليه وسلم. أ.هـ.

وكلام الترمذي فيه نظر فقد تابع ابن لهيعة عمرو بن الحارث على روايته الحديث عن بكير عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن أبي بردة به أخرجه البخاري (١٨٣/١٢) كتاب =

(وَأَمَّا الْمُسْتَوْفِي)، فَهُوَ الْإِمَامُ وَالْأَبُ وَالسَّيِّدُ وَالزَّوْجُ، لَكِنَّ الْأَبَ يُؤَدَّبُ الصَّغِيرُ دُونَ الْكَبِيرِ،

الحدود: باب كم التعزير والأدب حديث (٦٨٥٠)، ومسلم (١٣٣٢/٣) كتاب الحدود، باب قدر أسواط التعزير حديث (١٧٠٨/٤٠). وأبو داود (٥٧٤/٢) كتاب الحدود، باب في التعزير حديث (٤٤٩٢). والدارقطني (٢٠٧/٣ - ٢٠٨). والحاكم (٣٦٩/٤ - ٣٧٠). والبيهقي (٣٢٧/٨) كلهم من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن أبي بردة بن نيار به.

وقد مال أبو حاتم الرازي إلى تصحيح الطريقتين الطريق الذي ذكر فيه جابر والطريق الآخر الذي لم يذكر فيه فقال ولده في «العلل» (٤٥١/١ - ٤٥٢) رقم (١٣٥٦).

سألت أبي عن حديث رواه الليث عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبي بردة بن نيار عن النبي ﷺ قال «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله». قال أبي رواه ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن أبي بردة بن نيار عن النبي ﷺ قال «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد» قال أبي رواه حفص بن ميسرة عن مسلم بن أبي مريم عن ابن جابر عن جابر عن النبي ﷺ قلت لأبي أيهما أصح قال حديث عمرو بن الحارث لأن نفسيين قد اتفقا على أبي بردة بن نيار قصد أحدهما ذكر جابر وحفظ الآخر جابراً.

وقد رجح الحافظ ابن حجر في «الفتح» (١٨٤/١٢) صحة الطريقتين فقال رحمه الله: وهل بين عبد الرحمن وأبي بردة واسطة وهو جابر أو لا؟ الراجح الثاني أيضاً، وقد ذكر الدارقطني في «العلل» الاختلاف ثم قال: القول قول الليث ومن تابعه، وخالف ذلك في جميع كتاب التتبع فقال: القول قول عمرو بن الحارث وقد تابعه أسامة بن زيد. قلت: ولم يقدح هذا الاختلاف عن الشيخين في صحة الحديث فإنه كيفما دار يدور على ثقة، ويحتمل أن يكون عبد الرحمن وقع له فيه ما وقع لبكير بن الأشج في تحديث عبد الرحمن بن جابر لسليمان بحضرة بكير ثم تحديث سليمان بكيراً به عن عبد الرحمن، أو أن عبد الرحمن سمع أبا بردة لما حدث به أباه وثبته فيه أبوه فحدث به تارة بواسطة أبيه وتارة بغير واسطة، وادعى الأصيلي أن الحديث مضطرب فلا يحتاج به لاضطرابه، وتعقب بأن عبد الرحمن ثقة فقد صرح بسماعه، وإبهام الصحابي لا يضر، وقد اتفق الشيخان على تصحيحه وهما العمدة في التصحيح، وقد وجدت له شاهداً بسند قوي لكنه مرسل أخرجه الحارث بن أبي أسامة من رواية عبد الله بن أبي بكر بن الحارث بن هشام رفعه «لا يحل أن يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد» وله شاهد آخر عن أبي هريرة عند ابن ماجه سنأتي الإشارة إليه. أما الشاهد الذي أشار إليه الحافظ عن أبي هريرة.

أخرجه ابن ماجه (٨٦٧/٢ - ٨٦٨) كتاب الحدود، باب التعزير، حديث (٢٦٠٢). من طريق عباد بن كثير عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تعزروا فوق عشرة أسواط».

قال البوصيري في «الزوائد» (٣٢٢/٢): هذا إسناد ضعيف عباد بن كثير الثقفى قال فيه أحمد بن حنبل: روى أحاديث كذب لم يسمعها، وقال البخاري: تركوه، وقال أبو حاتم: ضعيف الحديث وفي حديثه عن الثقات نكارة وقال النسائي: متروك الحديث وقال المعجلي: ضعيف متروك الحديث.

وَمُعَلَّمُهُ أَيْضاً يُؤَدِّبُ بِإِذْنِهِ، وَالزَّوْجُ يُعَزِّرُ عَلَى الثُّسُورِ، وَالسَّيِّدُ يُعَزِّرُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَفِي حَقِّ (و) اللَّهِ تَعَالَى، وَالزَّوْجُ لَا يُعَزِّرُ إِلَّا فِي الثُّسُورِ، وَالتَّغْزِيرُ جَائِزٌ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ، فَإِنْ سَرَى، ضَمِنَ (ح م) عَاقِلَةُ الْمُعَزَّرِ بِخِلَافِ الْحَدِّ، فَلَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ لَا تَتْرُكُ الثُّسُورَ إِلَّا بِضَرْبٍ مُحُوفٍ، لَمْ يَجْزُ تَغْزِيرُهَا أَصْلًا، وَأَمَّا أَضَلُّ الْوُجُوبِ، فَهُوَ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ، وَقَدْ يَرَى الصَّوَابُ فِي الْعَفْوِ وَالْاِقْتِصَارِ عَلَى التَّوْبِيخِ بِالْكَلَامِ، فَلَهُ ذَلِكَ فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، أَمَّا فِي حَقِّ الْآدَمِيِّ، فَلَيْسَ لَهُ الْإِهْمَالُ مَعَ الطَّلَبِ، وَلَكِنْ هَلْ يَجُوزُ لَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى التَّوْبِيخِ بِاللِّسَانِ دُونَ الضَّرْبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ عَفَا الْمُسْتَحِقُّ لِلْعُقُوبَةِ، فَهَلْ لِلْإِمَامِ التَّغْزِيرُ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ الْعَفْوِ عَنِ الْحَدِّ، وَالتَّغْزِيرِ، لِأَنَّ أَضَلَّ التَّغْزِيرِ مَنْوُطٌ بِرَأْيِ الْإِمَامِ، فَيَجُوزُ أَلَّا يَسْقُطَ بِعَفْوِ غَيْرِهِ بِخِلَافِ الْحَدِّ.

كِتَابُ مُوجِبَاتِ الضَّمَانِ

وَالنَّظَرُ فِي ضَمَانِ الْوَلَاةِ، وَالصَّائِلِ، وَإِثْلَافِ الْبَهَائِمِ:
 (النَّظَرُ الْأَوَّلُ: فِي الْوَلَاةِ)، وَإِلَى الْإِمَامِ تَغْزِيرٍ، وَحَدٌّ، وَأَسْتِضْلَاحٌ.
 (أَمَّا التَّغْزِيرُ:)، إِذَا سَرَى، فَيَجِبُ (ح) ضَمَانُهُ عَلَى كُلِّ مُعْزَّرٍ.
 (وَأَمَّا الْحُدُودُ الْمُقَدَّرَةُ)، فَمَنْ مَاتَ بِهَا، فَالْحَقُّ قَبْلَهُ، فَلَا ضَمَانَ، وَمَنْ مَاتَ بِثَمَانَيْنِ جَلْدَةً فِي حَقِّ الشَّرْبِ، فَمَضْمُونٌ (ح) نِصْفُهُ، وَإِنْ مَاتَ بِأَحَدٍ وَأَرْبَعِينَ، فَعَلَى قَوْلٍ يُضْمَنُ نِصْفُهُ.
 وَعَلَى قَوْلٍ جُزْءٌ مِنْ وَاحِدٍ وَأَرْبَعِينَ.
 وَلَوْ مَاتَ مِنْ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً، فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ^(١)؛ لِتَقْدِيرِ الصَّحَابَةِ بِهِ^(٢)، وَلَوْ مَاتَ

- (١) قال الرافعي: «وإن مات من أربعين جلدَةً، فلا ضمان على أظهر القولين» قيل: هما وجهان لا قولان.
 [ت]
 (٢) قال الرافعي: «فلا ضمان لتعديل الصحابة، رضي الله عنهم» روى البخاري عن آدم بن أبي إياس عن شعبة عن قتادة عن أنس أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «ضرب في الخمر بالجريد والنعال» وجلد أبو بكر أربعين».

رواه مسلم، عن محمد بن المثنى عن محمد بن جعفر عن شعبة. [ت]
 والحديث أخرجه البخاري (٦٤/١٢) كتاب الحدود، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر (٦٧٧٣). ومسلم (١٣٣٠/٣) كتاب الحدود، باب حد الخمر حديث (١٧٠٦/٣٥). وأبو داود (٥٦٩/٢) كتاب الحدود، باب ما في الحد في الخمر حديث (٤٤٧٩). والترمذي (٣٨/٤) كتاب الحدود، باب ما جاء في حد السكران حديث (١٤٤٣). وابن ماجه (٨٥٨/٢) كتاب الحدود، باب حد السكران حديث (٢٥٧٠). والدارمي (١٧٥/٢) كتاب الحدود، باب في حد الخمر. وأحمد (١١٥/٣)، ١٧٦، ١٨٠. والطيالسي (٣٠٢/١ - منحة) رقم (١٥٣٨). وأبو يعلى (٢٧٥/٥) رقم (٢٨٩٤) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٨٢٩). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٥٧/٣) باب حد الخمر. والبيهقي (٣١٩/٨) كتاب الحدود والحد فيها، كلهم من طريق قتادة عن أنس به.
 وقال الترمذي: حديث أنس حديث حسن صحيح.

والحديث أخرجه البغوي في «شرح السنة» (٤٩٤/٥) - بتحقيقنا من طريق البخاري حدثنا آدم بن أبي إياس حدثنا شعبة عن قتادة عن أنس به.
 وقال أيضاً: ويروى أن أبا بكر سأل مَنْ حضر المضروب في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فَقَوْمُهُ أَرْبَعِينَ، فضرب أبو بكر أربعين في الخمر حياته، ثم عمر حتى تتابع الناس في الخمر، فاستشار فضرب ثمانين». [ت]

والحديث أخرجه أبو داود (٦٢٨/٤) كتاب الحدود، باب إذا تتابع في شرب الخمر حديث (٤٤٨٩). والشافعي (٩٠/٢) كتاب الحدود، باب حد الشرب حديث (٢٩٢). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٥٦/٣) كتاب الحدود: باب حد الخمر. والحاكم (٣٧٥/٤) كتاب الحدود، باب كان =

مِنَ الصَّرْبِ بِالنَّعَالِ وَأَطْرَافِ الثَّيَابِ قَرِيباً مِنْ أَرْبَعِينَ، فَلَا ضَمَانَ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، وَلَوْ أَمَرَ
الْجَلَادُ فِي الشَّرْبِ بِثَمَانِينَ، فَضَرَبَ أَحَدًا وَثَمَانِينَ، فَفِي قَوْلِي يَجِبُ شَطْرُ الدِّيَةِ عَلَى الْإِمَامِ وَالْجَلَادِ
بِالسَّوَاءِ.

وَفِي قَوْلِي: يَجِبُ الثَّلَاثَانِ عَلَيْهِمَا بِالسَّوَاءِ.

وَفِي قَوْلِي: يَجِبُ عَلَى الْجَلَادِ جُزْءٌ مِنْ وَاحِدٍ وَثَمَانِينَ، وَعَلَى الْإِمَامِ أَرْبَعُونَ مِنْ وَاحِدٍ
وَتَمَانِينَ.

(وَأَمَّا الْأَسْتِضْلَاحُ)، فَهُوَ يَقْطَعُ سِلْعَةً^(١) أَوْ خِتَانٍ، وَيَجُوزُ لِلْعَاقِلِ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ نَفْسِهِ سِلْعَةً، إِنْ
لَمْ يَكُنْ فِيهَا خَطَرٌ؛ لِإِزَالَةِ شَيْنٍ، وَإِنْ كَانَ خَطَرٌ، لَمْ يَجُزْ لِلشَّيْنِ، وَيَجُوزُ (و)؛ لِخَوْفِ الْهَلَاكِ، إِنْ
كَانَ الْقَطْعُ أَرْجَى لِلْسَّلَامَةِ بِالظَّنِّ الْعَالِبِ، فَإِنْ تَسَاوَى خَطَرُ التَّرَكِّ وَالْقَطْعِ، فَوَجْهَانِ، وَمَنْ بِهِ أَلَمٌ لَا
يُطِيقُهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَهْلِكَ نَفْسَهُ إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي نَارٍ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا يَنْجُو مِنْهُ إِلَّا بِإِغْرَاقِ نَفْسِهِ، وَالْغَرَقُ
مُهِلِّكٌ، فَلَهُ ذَلِكَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، وَلِلْأَبِ (و) أَنْ يَقْطَعَ مِنَ الصَّغِيرِ مَا لِلْعَاقِلِ أَنْ يَفْعَلَ بِنَفْسِهِ،
وَلَيْسَ لِلشُّلْطَانِ ذَلِكَ؛ كَمَا لَيْسَ لَهُ الْإِجْبَارُ فِي النِّكَاحِ، نَعَمْ لِلشُّلْطَانِ فَضْءُ الصَّغِيرِ وَحِجَامَتُهُ وَمَا لَا
خَطَرَ فِيهِ، فَإِنْ سَرَى مَا لَمْ يَجُزْ، فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي خَاصِّ (و) مَالِهِ، لَا عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَفِي الْقَوَدِ
قَوْلَانِ، وَحَيْثُ يَجُوزُ الْقَطْعُ، فَلَا يَضْمَنُ الْوَلِيُّ بِسَرَايَتِهِ؛ كَالْفَضْدِ وَالْحِجَامَةِ وَالْخِتَانِ، وَقَطْعِ السِّلْعَةِ؛
بِخِلَافِ التَّغْزِيرِ.

وَالْخِتَانُ وَاجِبٌ (ح م) فِي الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَهُوَ قَطْعُ الْقُلْفَةِ مِنَ الرَّجُلِ، وَمِنَ الْمَرْأَةِ مَا يَنْطَلِقُ
عَلَيْهِ الْأَسْمُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَالْأَوَّلَى (و) تَقْدِيمُهُ لِلشَّهْوَةِ.
وَالْبَالِغُ إِذَا أَمْتَنَعَ، فَلِلشُّلْطَانِ قَهْرُهُ بِالْخِتَانِ؛ هَذَا كُلُّهُ فِي الْمَوْجِبِ.
(أَمَّا مَحَلُّ الضَّمَانِ، فَالْإِمَامُ فِيهِ كَالْأَجَانِبِ فِيمَا يَتَعَدَّى بِهِ.
أَمَّا مَا يُخْطِئُ بِهِ فِي الْحُكْمِ، فَيَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ عَلَى قَوْلِي.
وَعَلَى بَيْتِ مَالِهِ؛ عَلَى قَوْلِي.

= الشارب يضرب بالأيدي والنعال. والبيهقي (٨/ ٣٢٠) كتاب الأشربة، باب عدد حد الخمر، عن
عبد الرحمن بن أزهر قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم غداة الفتح وأنا غلام شاب يتخلل الناس
يسأل عن منزل خالد بن الوليد فأثنى بشارب فأمرهم فضربوه بما في أيديهم فممنهم من ضربه بالسوط ومنهم
من ضربه بعضا ومنهم من ضربه بتعليه وحشي رسول الله ﷺ التراب فلما كان أبو بكر فسألهم عن ضرب
النبي صلى الله عليه وسلم الذي ضرب فحزروه أربعين ففرض أبو بكر أربعين.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(١) السلعة: خراج كهيفة الغدة تتحرك بالتحريك. قال الأطباء: هي ورم غليظ غير ملتزق باللحم يتحرك عند
تحريكه وله غلاف. وتقبل التزيد لأنها خارجة عن اللحم ولهذا قال الفقهاء يجوز قطعها عند الأمن.
ينظر المصباح المنير ص (٢٨٥)

وَفِي الْكَفَّارَةِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَىٰ بِالْأَيِّ جِبِّ عَلَىٰ بَيْتِ الْمَالِ.

وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِيمَا لَوْ ضَرَبَ ثَمَانِينَ فِي الشُّرْبِ بِالْاجْتِهَادِ، وَلَا يَجْرِي (و) إِذَا أَقَامَ الْحَدَّ عَلَى حَامِلٍ، فَأُجْهِضَتْ، بَلَى الْغُرَّةُ عَلَى عَاقِلِيهِ؛ لِأَنَّهُ عُذْرَانٌ، وَلَوْ أَخْطَأَ بِالْقَضَاءِ بِشَهَادَةِ ذِمِّيَيْنِ، أَوْ عَبْدَيْنِ، أَوْ فَاسِقَيْنِ مُقْصِرًا فِي الْبَحْثِ، فَالضَّمَانُ لَا يَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَإِنْ لَمْ يُقْصَرْ، جَرَى الْقَوْلَانِ، وَيُجْعَلُ الشَّاهِدُ كَالْعَارِ عَلَى وَجْهِ؛ حَتَّى يُخْرَجَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِالضَّمَانِ؛ عَلَى قَوْلِي الْغُرُورِ، ثُمَّ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدَيْنِ، أَوْ بِدِمَتَيْهِمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي الرُّجُوعِ عَلَى الْمُزَاهِقَيْنِ وَجْهَانِ، وَفِي الرُّجُوعِ عَلَى الْفَاسِقَيْنِ، إِنْ رَأَيْنَا نَقْضَ الْحُكْمِ بِظُهُورِ الْفُسْقِ بَعْدَ الْقَضَاءِ - ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ؛ يُزَجَعُ فِي الثَّالِثِ عَلَى الْمُجَاهِرِ دُونَ الْمُكَاتِمِ.

وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْجَلَادِ؛ لِأَنَّهُ مَادُونُ الْإِمَامِ، وَلَا عَلَى الْحَجَّامِ، إِذَا قَطَعَ سِلْعَةً بِالْإِذْنِ أَوْ فَصَدَ، وَلَوْ قَطَعَ بِالْإِذْنِ يَدًا صَحِيحَةً، فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ^(١)، وَلَوْ قَتَلَ الْجَلَادُ (و) الشَّفْعَوِيَّ^(٢) حُرًّا يَبْعِدُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ الْخَنْفِيِّ، فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ.

(الظَّنُّ الثَّانِي: فِي دَفْعِ الصَّائِلِ فِي الْمَذْفُوعِ، وَالْمَذْفُوعِ عَنْهُ وَالِدَفْعِ.

(أَمَّا الْمَذْفُوعُ)، فَكُلُّ مَنْ يُخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكُ، فَدَفْعٌ، فَهُوَ هَدْرٌ؛ حَتَّى الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ، إِذَا صَلَاةً وَكَذَا الْبَهِيمَةُ، وَفِي ضَمَانِ الْجَرَّةِ الْمُطْلَعَةِ عَلَى الرَّأْسِ، إِذَا كُسِرَتْ بِالدَّفْعِ وَجْهَانِ، وَكَذَا فِي دَفْعِ بَهِيمَةٍ حَالَ بَيْنَ الرَّجُلِ الْجَائِعِ وَبَيْنَ طَعَامِهِ فِي بَيْتٍ، وَالْجَائِعُ الْمُضْطَرُّ إِلَى طَعَامِ الْغَيْرِ يَأْكُلُ وَيَضْمَنُ، وَدَفْعُ الصَّائِلِ الْكَافِرِ أَوْ الْبَهِيمَةِ وَاجِبٌ، فَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا، فَفِي جَوَازِ الْأَسْتِسْلَامِ قَوْلَانِ^(٣).

وَفِي دَفْعِ الْمَجْنُونِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَىٰ بِوُجُوبِ الدَّفْعِ.

(أَمَّا الْمَذْفُوعُ عَنْهُ)، فَكُلُّ مَعْصُومٍ مِنْ نَفْسٍ وَبُضْعٍ وَمَالٍ، وَإِنْ قَلَّ، وَإِنْ قَدَّرَ عَلَى الدَّفْعِ عَنْ غَيْرِهِ، قِيلَ فِي الْوُجُوبِ قَوْلَانِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ، إِذَا لَا مَعْنَى لِلْإِيثَارِ هَلُمْنَا؛ كَمَا فِي نَفْسِهِ.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ شَهْرَ السَّلَاحِ فِي الْحِسْبَةِ إِلَى السُّلْطَانِ؛ وَكَذَا الدَّفْعُ بِالسَّلَاحِ عَنْ شُرْبِ الْخَمْرِ وَالْمَعَاصِي، قِيلَ: يَجِبُ.

(١) قال الرافعي: «ولو قطع بالإذن يداً صحيحة ففي الضمان وجهان» أي فسرى إلى النفس، ففي ضمان النفس خلاف والمشهور من الخلاف في المسألة قولان. [ت]

وقال أيضاً «ولو قطع بالإذن يداً صحيحة ففي الضمان وجهان» أي تسرى، وفي ضمان السراية والمسألة مذكورة مرة في باب العفو. [ت]

(٢) قوله الشفعوي: صفة للجلاد أي الشافعي المذهب قال في المصباح وقول العامة شفعوي خطأ لعدم السماع ومخالفة القياس ينظر المصباح المنير ص (٣١٧)

(٣) قال الرافعي: «فإن كان مسلماً ففي جواز الاستسلام قولان» قيل: فيه وجهان. [ت]

وَقِيلَ: يَخْرُومُ لِغَيْرِ السُّلْطَانِ؛ خَوْفًا مِنَ الْفِتْنَةِ.

(أَمَّا كَيْفِيَّةُ الدَّفْعِ)، فَأَنْ يَبْدَأَ بِالْكَلَامِ، ثُمَّ بِالضَّرْبِ، ثُمَّ بِالْجَرْحِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ فَيَدْفَعُ بِمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ فَإِنْ رَأَى مَنْ يَزِيهِ بِزَوْجَتِهِ، دَفَعَهُ، فَإِنْ هَرَبَ، فَفَتَلَهُ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، إِنْ لَمْ يَكُنِ الزَّانِي مُخَصَّنًا.

وَلَوْ قَدَّرَ الْمَصُولُ عَلَيْهِ عَلَى الْهَرَبِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ الدَّفْعُ بِالْجَرْحِ عَلَى الْأَظْهَرِ (و).

وَلَوْ عَضَّ يَدَهُ، فَسَلَّ الْيَدَ؛ حَتَّى نَدَرَتْ^(١) أَسْنَانُهُ، فَلَا ضَمَانَ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ، فَلَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِمَا يَقْدِرُ، وَلَا يَتَعَيَّنُ (و) قَصْدُ الْمَضُوعِ الْجَانِي، وَإِذَا نَظَرَ إِلَى حَرَمِ إِنْسَانٍ فِي كُرَّةٍ أَوْ صَائِرِ بَابٍ، جَازَ أَنْ يَقْصِدَ عَيْنَهُ بِمِذْرَآةٍ أَوْ بُنْدُوقَةٍ مِنْ غَيْرِ إِنْذَارٍ، فَإِنْ عَمِيَ، فَلَا ضَمَانَ (ح م)، وَيجِبُ تَقْدِيمُ الْإِنْذَارِ فِي كُلِّ دَفْعٍ، إِلَّا هَهُنَا (و)؛ لِلْخَبَرِ^(٢).

(١) ندر: ندر الشيء ندوراً أو سقط من غيره ينظر المصباح المنير ص (٥٩٧)

(٢) قال الرافعي: «ويجب تقديم الإنذار في كل دفع إلا هاهنا للخبر».

أراد به ما روى البخاري ومسلم عن قتبية عن الليث عن ابن شهاب عن سهل بن سعد أن رجلاً أطلع على النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو في الحجرة وفي يده مِذْرَآةٌ فقال: «لو علمت أنه ينظر لطعنتُ بها في عينه». [ت]

والحديث أخرجه البخاري (٢٥٣/١٢) كتاب الديات، باب، من اطلع في بيت قوم ففقأوا عينه فلا دية له حديث (٦٩٠١). ومسلم (١٦٩٨/٣) كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره حديث (٢١٥٦/٤٠). من طريق قتبية بن سعيد حدثنا ليث عن الزهري أن سهل بن سعد أخبره أن رجلاً أطلع في حُجْرٍ فِي بَابِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَمَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِذْرَآةٌ يَحْكُ بِهَا رَأْسَهُ فَلَمَّا رَأَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: لَوْ أَعْلَمْتُ أَنَّكَ تَنْتَظِرُنِي لَطَعْتُ بِهَا فِي عَيْنِكَ.. وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّمَا جَعَلَ الْإِذْنَ مِنْ أَجْلِ الْبَصَرِ.

وأخرجه البخاري (٣٧٩/١٠) كتاب اللباس، باب الامتشاط حديث (٥٩٢٤)، (٢٦/١١) كتاب الاستئذان، باب الاستئذان من أجل البصر حديث (٦٢٤١). ومسلم (١٦٩٨/٣) كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره حديث (٢١٥٦/٤١). والترمذي (٦١/٥) كتاب الاستئذان، باب من اطلع من دار قوم بغير إذنهم حديث (٢٧٠٩). وأحمد (٣٣٠/٥، ٣٣٤ - ٣٣٥). وعبد الرزاق (٣٨٣/١٠) رقم (١٩٤٣١). والدارمي (١٩٧/٢ - ١٩٨). والحميدي (٤١٢/٢) رقم (٩٢٤) وعبد بن حميد في «المنتخب من المسند» (ص ١٦٦) رقم (٤٤٨). وأبو يعلى (٤٩٩/١٣ - ٥٠٠) رقم (٧٥١٠). وابن النبي في «عمل اليوم والليلة» رقم (٦٥٩). والبيهقي (٣٣٨/٨). والبيهقي في «شرح السنة» (٤٤١/٥ - بتحقيقنا) كلهم من طريق الزهري عن سهل بن سعد الساعدي به.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح وللحديث شاهد من حديث أنس.

أخرجه البخاري (٢٦/١١) كتاب الاستئذان. باب الاستئذان من أجل البصر حديث (٦٢٤٢). ومسلم (١٦٩٩/٣) كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره حديث (٢١٥٧). وأبو داود (٧٦٤/٢ - ٧٦٥) كتاب الأدب، باب في الاستئذان حديث (٥١٧١).

وأحمد (٢٣٩/٣، ٢٤٢). والطيالسي (٣٦٣/١ - منحة) رقم (١٨٧٣) من طريق حماد بن زيد عن =

وَلَا يُلْحَقُ (و) قَضْدُ الْأُذُنِ عِنْدَ التَّسْمَعِ بِهِ، وَلَا يُزْشَقُ النَّاطِرُ بِالنَّشَابِ، وَلَا يَجُوزُ قَضْدُ عَيْنِهِ، إِنْ كَانَ لِلنَّاطِرِ حَرَمٌ فِي الدَّارِ، وَلَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الدَّارِ أَمْرًا أَصْلًا، فَإِنْ كَانَتْ أَمْرًا مُسْتَتْرَةً، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ الْبَابُ مَفْتُوحًا، لَمْ يَجُزْ قَضْدُ عَيْنِهِ، إِلَّا بِالْإِنْذَارِ.

(النَّظَرُ الثَّلَاثُ فِيمَا تُثْلِفُهُ الْبَهَائِمُ) وَمَا أَكَلَتْهُ الْبَهَائِمُ مِنْ وَمَا أَكَلَتْهُ الْبَهَائِمُ، الْمَرَاعِ بِالنَّهَارِ، فَلَا ضَمَانَ، وَبِاللَّيْلِ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى رَبِّ الْبَهِيمَةِ، إِلَّا أَنْ يَأْكُلَ مِنَ الْبُسْتَانِ، وَبَابُهُ مَفْتُوحٌ بِاللَّيْلِ، فَإِنَّ التَّقْصِيرَ مِنْ رَبِّ الْبُسْتَانِ، وَلَوْ سَرَّحَ فِي جَوَارِ الْمَرَاعِ، مَعَ اتِّسَاعِ الْمَرَاعِي، ضَمِنَ (و)؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ، وَحِفْظُ الْمَرَاعِ بِالنَّهَارِ عَلَى مَالِكِهَا، وَحِفْظُ الْبَهِيمَةِ بِاللَّيْلِ عَلَى مَالِكِهَا، وَمَنْ أَخْرَجَ الْبَهِيمَةَ مِنْ مِلْكِ نَفْسِهِ إِلَى مِلْكِ جَارِهِ، ضَمِنَ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ الْإِخْرَاجُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى، فَعَلَيْهِ الصَّبْرُ وَطَلَبُ الضَّمَانِ مِنْ رَبِّ الْبَهِيمَةِ، أَمَّا مَا تُثْلِفُهُ الْبَهِيمَةُ فِي الطَّرِيقِ، وَمَعَهَا مَالِكُهَا يَحْبُطُهَا أَوْ رُمْحُهَا (ح) أَوْ عَضُّهَا، فَالضَّمَانُ عَلَى صَاحِبِهَا (ح)، دُونَ مَا يَقُولُ بِرَشَاشِ الْوَحْلِ، وَأَنْتِشَارِ الْعُبَارِ، إِلَّا مَا يَخْرُجُ عَنِ الْعَادَةِ مِنْ رَكْضٍ مُفَرِّطٍ فِي الْوَحْلِ وَالْأَسْوَاقِ (و)، أَوْ تَزْكِ الْإِبِلِ غَيْرَ مَقْطُورَةٍ، وَمَا يَتَخَرَّقُ مِنَ الثَّوْبِ بِالْحَطَبِ مِنْ خَلْفٍ، ضَمِنَهُ صَاحِبُ الدَّابَّةِ، إِلَّا أَنْ يُقَدِّمَ الْإِعْلَامَ وَالْبَيِّنَةَ.

(فَرَعٌ): أَمَّا مَا تُثْلِفُهُ الْهَرَّةُ الْمَمْلُوكَةُ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا؛ عَلَى وَجْهِ؛ إِذْ لَا يُعْتَادُ رَبُّطُهَا.

وَيَجِبُ عَلَى وَجْهِ.

وَهِيَ كَالْبَهِيمَةِ لَا يُضْمَنُ إِلَّا مَا أَثْلَفَتْهُ بِاللَّيْلِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَقِيلَ: لَا يُضْمَنُ إِلَّا مَا أَثْلَفَتْ بِالنَّهَارِ؛ إِذِ التَّقْصِيرُ بِاللَّيْلِ مِمَّنْ لَا يُعْطَى الطَّعَامُ.

وَلَوْ صَارَتْ هَرَّةٌ ضَارِيَةً بِالْإِفْسَادِ، فَفِي جَوَارِ قَتْلِهَا؛ إِلْحَاقًا لَهَا بِالْقَوَاسِقِ - وَجْهَانِ.

= عبيد الله بن أبي بكر بن أنس عن أنس أن رجلاً اطلع من بعض حجر النبي صلى الله عليه وسلم فقام إليه النبي صلى الله عليه وسلم بمشقص أو بمشاقص فكاني أنظر إليه يختل الرجل ليطعنه.

وأخرجه البخاري (٢٢٥/١٢) كتاب الديات، باب من أخذ حقه أو اقتص دون السلطان حديث

(٦٨٨٩). والترمذي (٦١/٥) كتاب الاستئذان، باب من اطلع في دار قوم بغير إذنهم حديث (٢٧٠٨).

وأحمد (١٢٥/٣). وأبو يعلى (٤٣٥/٦) رقم (٣٨١٣) كلهم من طريق حميد عن أنس بن مالك به.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(كِتَابُ السَّيْرِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ:)

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي وُجُوبِ الْجِهَادِ:)

وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْنِ:

(الأول: وجوبه)، وهو واجب على الكفاية في كل سنة مرة واحدة في أهم الجهات، والإمام يزعى النصفة في المناوبة بين الناس.

وفروض الكفايات كثيرة مذكورة في مواضعها، وهو كل مهم ديني يريد الشرع حصوله، ولا يقصد به عين من يتولاه، ومن جملته إقامة الحجة العلمية، والأمر بالمعروف، والصناعات المهمة، ودفع الضرر عن المسلمين، والقضاء، وتحمل الشهادة، وتجهيز الموتى، وإحياء الكعبة كل سنة بالحج، فإن ترك ذلك، جرح به كل من يقدر عليه، ويعلمه أولاً يعلم، ولكن قصر في البحث عنه، وينسقط الجهاد بالعجز الحسي؛ كالصبا، والجنون، والأثوثة، والمرضى والعرج، وإن كان يقدر (و) على القتال فارساً، وبالعَمَى، وبالفقر، أغني العجز عن السلاح، والركوب، ونفقة الذهاب والإياب؛ كما في الحج، ولا ينسقط (و) بالخوف في الطريق من المتلصصين؛ لأن قتالهم أهم.

(وَأَمَّا مَوَانِعُ السَّيْرِ عَنْهُ)، فكالرق، ومنع صاحب الدين، ومنع الوالدين، أمّا الرقيق، فليس عليه الجهاد، وإن أمره سيده إذ لا حق له في روجه، وليس عليه الذب عن سيده عند الخوف على روجه وليس لمستحق الدين المنع بالدين المؤجل عن سائر الأسفار^(١)، وفي الجهاد ثلاثة أوجه؛ لأن مصيره إلى الموت^(٢)، ففي وجه يمنع أبداً، وفي وجه لا يمنع، إن خلف وفاء، وفي وجه يمنع غير المرتزقة الذين معيشتهم من الجهاد، وللوالدين المنع، والجدة والجد لا ينعذ أن يلحقا بهما، وليس (و) لهما المنع من حجة الإسلام بعد الاستطاعة^(٣)؛ لأنه فرض عين، ولا من سفر العلم الذي هو فرض عين، وإن كان فرض كفاية، فوجهان، ولهما المنع من ركوب البحر، والثوادر المخطرة للتجارة، وحيث لا خطر، لم يحز لهما المنع؛ على أظهر الوجهين، والأب الكافر كالمسلم إلا في المنع من الجهاد، ولو بلغ كتاب الوالدين أو مستحق الدين بالرجوع عن الإذن،

(١) قال الرافي: «وليس لمستحق الدين المنع بالدين المؤجل عن سائر الأسفار» هذا مذكور في «التفليس» إلا أنه أطلق الكلام إطلاقاً والمراد غير السفر المخوف وفي المخوف كالجهاد وسفر البحر الوجه المذكور ها هنا. [ت]

(٢) قال الرافي: «وفي الجهاد ثلاثة أوجه لأن مصيره إلى الموت... إلى آخره» لوجوه الأظهر من الخلاف على ما اختاره الإمام وجماعة، وجه رابع أهمله ها هنا وهو أنه لا يمنع لرب الدين الحال واقتصر على ذكره في التفليس. [ت]

(٣) قال الرافي: «وليس لهما المنع من حجة الإسلام بعد الاستطاعة» المسألة مذكورة من باب موانع الحج لكبير حكى فيها هناك وجهين واقتصر ها هنا على الجواب الأصح. [ت]

وَهُوَ فِي الطَّرِيقِ، فَلْيَنْصَرِفْ، إِنْ قَدَرَ، وَإِلَّا فَلْيَقُمْ فِي قَرْيَةٍ، وَإِنْ كَانَ فِي الْقِتَالِ، وَجَبَ الْأَنْصِرَافُ عَلَى وَجْهِهِ، إِنْ لَمْ يَخَفْ وَهَنَ الْمُسْلِمِينَ، وَلَا يَجِبُ فِي وَجْهِهِ، وَيُتَخَيَّرُ فِي وَجْهِهِ.

وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ الْعِلْمَ وَقُرُوضَ الْكِفَايَةِ لَا تَتَعَيَّنُ بِالشَّرْعِ، وَإِنْ أُنْسَ الْمُتَعَلِّمُ الرُّشْدَ مِنْ نَفْسِهِ، وَفِي صَلَاةِ الْجَنَازَةِ خِلَافٌ، وَالْجِهَادُ إِنْمَا يَحْرُمُ فِيهِ الثَّرْوَةُ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْذِيلِ، هَذَا كُلُّهُ فِي قِتَالِ نَفَرٍ قُرُوضُ كِفَايَةٍ، فَإِنْ وَطِئَ الْكُفَّارُ دَارَ الْمُسْلِمِينَ، تَعَيَّنَ عَلَى كُلِّ مَنْ لَهُ مَنَّةٌ وَقِتَالِهِمْ؛ حَتَّى الْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ، وَأَنْحَلَّ الْحَجْرُ عَنِ الْعَبْدِ، إِنْ لَمْ يُسْتَفَنْ عَنْهُ، وَإِنْ أَسْتُغْنِيَ، وَلَكِنْ كَانَ فِيهِمْ زِيَادَةُ قُوَّةٍ، فَفِي الْوُجُوبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ خَرَجَ قَوْمٌ فِيهِمْ كِفَايَةٌ، فَفِي وَجُوبِ الْمُسَاعَدَةِ عَلَى الْآخَرِينَ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، فَوَجْهَانِ مُرَبَّانِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْمَرْكُوبُ فِيمَنْ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، وَفِيمَنْ وَرَاءَهُ وَجْهَانِ، وَهَلْ يُنْزَلُ نُزُولُهُمْ فِي مَوَاتِ دَارِ الْإِسْلَامِ وَأَسْرُهُمْ مُسْلِمًا أَوْ مُسْلِمِينَ فِي تَعْيِينِ الْوُجُوبِ مَنْزِلَةَ دُخُولِهِمُ الْبِلَادَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَمِنْ قُرُوضِ الْكِفَايَاتِ الْقِيَامُ بِعُلُومِ الشَّرْعِ، فَأَمَّا مُهِمَّاتُ الصَّلَاةِ وَالْوُضُوءِ، فَفَرَضُ عَيْنٍ؛ وَكَذَا عِلْمُ التَّجَارَةِ فَرَضٌ عَلَى التَّاجِرِ؛ وَكَذَلِكَ فِي كُلِّ صَنْعَةٍ، وَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي «كِتَابِ آدَابِ الْكُسْبِ وَالتَّجَارَةِ»، دُونَ الْقُرُوعِ النَّادِرَةِ، وَلَا يَتَعَيَّنُ مِنَ الْأَصُولِ إِلَّا أَعْتِقَادُ صَحِيحٍ فِي التَّوْحِيدِ فِي صِفَاتِ اللَّهِ؛ كَمَا وَرَدَ فِي الْقُرْآنِ.

وَالْقِيَامُ بِدَفْعِ شُبُهَةِ الْمُبْتَدِعَةِ فَرَضٌ كِفَايَةٌ؛ وَكَذَا الْقِيَامُ بِالْفَتَوَى، وَأَمَّا السَّلَامُ فَأَبْتَدَأُوهُ سُنَّةً، وَالْجَوَابُ فَرَضٌ عَيْنٌ عَلَى الْوَاحِدِ وَفَرَضٌ كِفَايَةٌ عَلَى الْجَمَاعَةِ، وَلَا يُسْنُ السَّلَامُ عَلَى الْمُصَلِّي، وَمَنْ يَقْضِي حَاجَتَهُ فِي الْحَمَامِ، وَتَشْمِيتُ الْعَاطِسِ وَجَوَابُهُ مُسْتَحَبٌّ، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ الْجِهَادِ^(١))

وَالنَّظَرُ فِي تَصَرُّفِ الْإِمَامِ فِيهِمْ بِالْقِتَالِ، وَالْأَسْتِزْقَاقِ، وَالْأَغْنِيَامِ:

(النَّظَرُ الْأَوَّلُ فِي الْقِتَالِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(١) الجهاد في اللغة المبالغة واستفراغ الوسع في الشيء مشتق من الجهد يقال جهد الرجل في كذا: أي جد فيه وبالغ ويقال أجهد جهديك: أي أبلغ غايتك، ومنه قوله تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَقْسِمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ أي بالغوا في اليمين واجتهدوا فيها. وهذا من المعاني الحقيقية لمادة الجهاد، ومن المعاني المجازية قول العرب. سقاها لبنا مجهوداً وهو الذي أخرج زبده أو أكثر ماؤه ويقال أجهد فيه الشيب إذا كثر هذا معناه في اللغة، وهو كما نرى عام في ذاته وفي غايته ينظر: لسان العرب: ١/٧١٠، المصباح المنير ١١٢، المعجم الوسيط ١/١٤٢.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله تعالى بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك.

عرفه الشافعية بأنه: المتلقى تفسيره من سيرته - صلى الله عليه وسلم -

(الأولى): أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِجَارَةُ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ وَبِالْمُشْرِكِ الَّذِي تُؤْمَنُ غَائِلَتُهُ، وَبِالْعَبِيدِ، إِذَا أَدَنَ السَّادَةُ، وَبِالْمُزَاهِقِينَ.

وَالذِّمِّيُّ، إِنْ حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ، فَفِي اسْتِخْفَاقِهِ الرِّضْخَ خِلَافًا، وَإِنْ نُهِِيَ، فَحَضَرَ، لَمْ يَسْتَحِقْ، وَالْمُخْذَلُ يَخْرُجُ مِنَ الْجُنْدِ^(١) وَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا (ح و)، وَإِنْ حَضَرَ.

(الثانية): لَا يَصِحُّ اسْتِجَارُ الْمُسْلِمِ عَلَى الْجِهَادِ؛ إِذْ يَقَعُ عَنْهُ، لَكِنْ لِلْإِمَامِ أَنْ يُرْعِيَهُمْ بِبَذْلِ الْأَهْبَةِ وَالسَّلَاحِ، وَلَوْ أَخْرَجَهُمْ قَهْرًا، لَمْ يَسْتَحِقُّوا الْأَجْرَةَ، وَلَوْ عَيَّنَ الْإِمَامُ شَخْصًا لِدَفْنِ مَيِّتٍ وَغَسَلِهِ، فَلَا أَجْرَةَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ تَرْكَةٌ، أَوْ فِي بَيْتِ الْمَالِ مُتَسَّعٌ، وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الْعَبِيدِ، إِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ بِحَالٍ، وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الذِّمِّيِّ.

وَقِيلَ: إِنْ ذَلِكَ جُعَالَةً^(٢) لِلجِهَادِ.

وَفِي اسْتِغْلَالِ الْآحَادِ بِاسْتِجَارِ الذِّمِّيِّ وَجِهَانٍ؛ كَمَا فِي الْأَذَانِ، وَلَوْ أَخْرَجَ أَهْلُ الذِّمَّةِ قَهْرًا، اسْتَحَقُّوا أَجْرَةَ الْمَثَلِ مِنَ الْغَنِيمَةِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَمَنْ بَيْتَ الْمَالِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَلَوْ خُلِّيَ سَبِيلُهُمْ قَبْلَ الْوُقُوفِ، لَمْ يَسْتَحِقُّوا إِلَّا أَجْرَةَ الذَّهَابِ، وَلَوْ وَقَفُوا مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، فَفِي اسْتِخْفَاقِهِمُ الْأَجْرَةَ الْكَامِلَةَ خِلَافًا (و).

(الثالثة): فِيمَنْ يَمْتَنِعُ قَتْلُهُ، وَهُوَ الرَّحِمُ؛ كَالْأَبِ^(٣) وَالْأُمِّ وَالصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ، وَإِنْ شُكَّ فِي بُلُوغِ الصَّبِيِّ، كُشِفَ عَنْ مُؤْتَرَرِهِ، وَأَعْتُمِدَ (ح) نَبَاتُ شَجَرِ الْعَانَةِ، فَإِنْ قَالَ: اسْتَعْمَلْتُهُ بِالْذَّوَاءِ، صَدَّقَ بِمِيزَانِهِ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ عَيْنُ الْبُلُوغِ، لَا عَلَامَتُهُ، وَلَا يُعَوَّلُ عَلَى أَخْضِرَارِ الشَّارِبِ، وَيُعَوَّلُ (و). عَلَى مَا خَشِنَ مِنْ شَجَرِ الْإِيطِ وَالْوَجْهِ، وَفِي جَوَازِ قَتْلِ الرَّاهِبِ وَالْعَسِيفِ وَالْحَارِسِ وَالشَّيْخِ قَوْلَانِ، وَفِي السُّوقَةِ طَرِيقَانِ مِنْهُنَّ مَنْ قُطِعَ بِقَتْلِهِمْ، فَإِنْ لَمْ يَقْتُلُوا أَزْفَقُوا لِمُجَرِّدِ الْأَسْرِ؛ عَلَى وَجْهِ.

= عرفه المالكية بأنه: قتال مسلم كافراً غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله تعالى أو حضوره له أو دخول أرضه له.

عرفه الحنابلة بأنه: قتال الكفار خاصة بخلاف المسلمين من البغاة وقطاع الطريق وغيره.

ينظر: بدائع الصنائع ٢٩٩/٩، نهاية المحتاج ٤٥/٨، المحلى على المنهاج ٢١٣/٤، شرح الزرقاني ١٠٦/٢٣، كشف القناع عن متن الإقناع ٣٢/٣.

(١) قال الرافي: «والمخذل يخرج من الجند إلى آخره» قد ذكر مرة في قسمة الغنائم، لكن اللفظ هناك أنه يخرج من الصف، وإنما يخرج من الصف إذا لم يخف منه وهن. [ت]

(٢) قال الرافي: «ويجوز استجار الذمي، وقيل: إن ذلك جعالة» من هذا غنية عن قوله في الإجارة ويجوز للإمام استجار أهل الذمة للجهاد. [ت]

(٣) قال الرافي: «فيمتنع قتله وهو الرحم كالأب» هذا مغن عن قوله: ولا الغازي حيث قال في أبواب القصاص وكذلك لا يقتل الجلاد أباه، ولا الغازي. [ت]

وَلَمْ يُزَفَّقْ إِلَّا بِإِزَاقٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيَمْتَنِعُ اسْتِزَاقُهُمْ أَصْلًا؛ عَلَى وَجْهِ بَعِيدٍ، وَهُوَ جَارٍ فِي الْمَنَعِ مِنْ سَبِي ذَرَارِيهِمْ وَنِسَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ.

وَالشَّيْخُ ذُو الرَّأْيِ يَقْتُلُ.

(الرَّابِعَةُ): يَجُوزُ نَضْبُ الْمَنْجَبِ عَلَى قِلَاعِهِمْ، وَإِنْ كَانُوا فِيهِمْ نِسْوَةً وَصِبْيَانًا؛ وَكَذَا إِضْرَامُ النَّارِ وَإِزْسَالُ الْمَاءِ، وَلَوْ تَتَرَّسُوا بِالنِّسَاءِ، ضَرَبْنَا الثُّرُسَ، إِلَّا إِذَا كَانُوا دَافِعِينَ عَنْ أَنْفُسِهِمْ غَيْرَ مُقَاتِلِينَ لَنَا، فَبِى جَوَارِ قَتْلِ النِّسَاءِ قَوْلَانِ، وَإِنْ كَانُوا فِي الْقَلْعَةِ، فَأُولَى بِالْجَوَارِ؛ كَيْلًا يَنْجِدُ ذَلِكَ حِيلَةً، وَإِنْ كَانَ فِي الْقَلْعَةِ أَسِيرٌ، عَلِمْنَا أَنَّهُ تُصِيبُهُ النَّارُ وَالْمَنْجَبُ أَخْتَرْنَا، وَإِنْ تَوَهَّمْنَا إِصَابَتَهُ، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ تَتَرَّسَ كَافِرٌ بِمُسْلِمٍ، لَمْ يَقْصِدِ الْمُسْلِمَ، وَإِنْ خِفْنَا عَلَى أَنْفُسِنَا، فَإِنَّ دَمَ الْمُسْلِمِ لَا يُبَاحُ بِالْخَوْفِ، وَإِنْ تَتَرَّسُوا فِي الصَّفِّ، وَلَوْ تَرَكْنَاهُمْ، لَأَنْهَزَمَ الْمُسْلِمُونَ، وَعَظُمَ الشَّرُّ، فِيهِ وَجْهَانِ.

(الخَامِسَةُ) لَا يَجُوزُ الْإِنْصِرَافُ مِنْ صَفِّ الْقِتَالِ^(١)، إِنْ كَانَ فِيهِ انْكِسَارٌ لِلْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَيَجُوزُ إِنْ قَصَدَ التَّحْيِزُ إِلَى فِتْنَةٍ قَرِيبَةٍ يَسْتَنْجِدُ بِهَا فِي هَذَا الْقِتَالِ.

وَهَلْ يَجُوزُ إِذَا قَصَدَ التَّحْيِزُ إِلَى فِتْنَةٍ بَعِيدَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَوَزْنَا، قَبَدَا لَهُ أَلَّا يُقَاتِلَ مَعَ الْفِتْنَةِ الْبَعِيدَةِ أَيْضًا، جَارَ، وَلَا يَشْتَرِكُ فِي هَذَا الْمَغْنَمِ، إِنْ فَارَقَ قَبْلَ الْأَغْتِنَامِ، وَهَلْ يَشْتَرِكُ الْمُتَحَيِّزُ إِلَى فِتْنَةٍ قَرِيبَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

ويجوز الانهزام بِكُلِّ حَالٍ إِذَا زَادَ عَدَدُ الْكُفَّارِ عَلَى الضَّعْفِ، لَكِنْ فِي أَنْهَزَامِ مِائَةِ بَطَلٍ مِنْ مِائَتَيْنِ ضَعِيفٍ وَوَاحِدٍ خِلَافٌ؛ مَاخُذُهُ أَنَّ النَّظَرَ إِلَى صُورَةِ الْعَدَدِ أَوْ إِلَى الْمَعْنَى؟ وَيَجُوزُ الْأَسْتِزَادُ بِالْمُبَارَزَةِ دُونَ إِذْنِ الْإِمَامِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ؛ حَتَّى يَنْقُذَ أَمَانَهُ لِقَرِيْبَةٍ، وَفِي تَقْلِي رُءُوسِ الْكُفَّارِ إِلَى بِلَادِ الْإِسْلَامِ كَرَاهَةً؛ عَلَى وَجْهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ نِكَايَةٌ فِي الْكُفَّارِ^(٢).

(التَّصَرُّفُ الثَّانِي، بِالْأَسْتِزَاقِ)، وَلَا يَجُوزُ (و) اسْتِزَاقُ كُلِّ كَافِرٍ أَسْلَمَ قَبْلَ الظَّفَرِ بِهِ، وَيَجُوزُ اسْتِزَاقُ كُلِّ كَافِرٍ أَسْلَمَ بَعْدَ الظَّفَرِ بِهِ، وَلَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ كَوْنُ الْمَرْأَةِ حَامِلًا بِوَلَدٍ مُسْلِمٍ، لَكِنْ لَا يَرِقُّ الْوَلَدُ، وَمَنْكُوحَةُ الذَّمِّيِّ تُسَبَّى، وَيَنْقَطِعُ نِكَاحُهُ، وَفِي مُعْتَقَتِهِ وَجْهَانِ، وَمُعْتَقُ الْمُسْلِمِ لَا يُسَبَّى (و)، وَفِي مَنْكُوحَتِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا يُسَبَّى، انْقَطَعَ (و) نِكَاحُهُ عَنِ الْأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ وَلَا تَنْقَطِعُ إِجَارَتُهُ عَنِ الدَّارِ الْمَسِيئَةِ وَالْعَبْدِ الْمَسِيئِ، وَالزَّوْجَانِ، إِذَا سُبِيَ أَوْ أَحْدُهُمَا، انْقَطَعَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، وَفِي انْقِطَاعِ نِكَاحِ الرَّاقِيقَيْنِ الْمَسِيئَيْنِ مَعًا وَجْهَانِ، وَالْمَسِيئِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ (و)، فَيَقْضِي مِنْ مَالِهِ

(١) قال الرافعي: «لا يجوز الانصراف من صف القتال إن كان... إلى آخره» لم يتعرض الجمهور للانكسار، بل قالوا: إذا التقى الصفان فإن لم يزد عدد الكفار على ضعف عدد المسلمين لم يجز الانصراف، إلا إذا انصرف متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة، إن زاد عددهم على الضعف جاز الانصراف مطلقاً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «إلا أن تكون له نكايَةٌ في الكفار» قضيته الجزم بنفي الكراهة حيثئذ، ولم يتعرض له الأكثرون. [ت]

الَّذِي لَمْ يُغْنَمْ قَبْلَ اسْتِزْقَافِهِ، فَإِنَّ حَقَّ الدِّينِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الْغَنِيمَةِ، إِلَّا إِذَا سَبَقَ الْأَغْنِتَامُ رَقَّهُ، وَلَوْ وَقَعَا مَعًا، فَالظَّاهِرُ (و) تَقْدِيمُ الْغَنِيمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالٌ، فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى أَنْ يُغْتَقَ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الدِّينُ لِحَزْبِيٍّ، ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ قَبِلَا الْأَمَانَ، وَالدِّينُ قَائِمٌ، وَكَذَا لَوْ سَبَقَ مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ إِلَى الْإِسْلَامِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الدِّينُ خَمْرًا، وَهَذَا فِي دَيْنٍ لَرِمٍ بِالْقَرْضِ وَالْمُعَامَلَةِ، فَإِنْ كَانَ أَتْلَفَ مَالَ حَزْبِيٍّ أَوْ غَصَبَهُ، فَلَا تَبِعَةَ لَهُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَالْأَمَانِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ.

(فَزَعُ) إِذَا سَبَّيْتُ أَمْرًا وَلَدَهَا الصَّغِيرُ، لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ وَالْقِسْمَةِ^(١)، وَلَوْ تُبِعَتْ مَعَ الْجَدَّةِ، وَقُطِعَتْ عَنِ الْأُمِّ، فَفِي الْجَوَازِ قَوْلَانِ، وَالْجَدَّةُ فِي مَغْنَى الْأُمِّ عِنْدَ عَدَمِهَا، وَالْأَبُ هَلْ هُوَ فِي مَعْنَاهَا؟ قَوْلَانِ^(٢)، وَهَلْ يَتَعَدَّى التَّحْرِيمُ إِلَى سَائِرِ الْمَحَارِمِ؟ قَوْلَانِ^(٣).

(التَّصَرُّفُ الثَّلَاثُ) إِهْلَاكُ أَمْوَالِهِمْ غِنًى لَهُمْ جَائِزٌ، إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ تَمَلُّكُهُ إِلَّا الْحَيَوَانَاتِ (ح م)، وَأَمَّا الْأَشْجَارُ، فَيَجُوزُ قَطْعُهَا، وَيَجِبُ إِهْلَاكُ كُتُبِهِمُ الَّتِي لَا يَحِلُّ الْأَنْتِفَاعُ بِهَا؛ وَفِي جَوَازِ اسْتِصْحَابِهَا لِفَائِدَةٍ تَعْرِفُ مَذَاهِبَهُمْ تَرَدُّدٌ، وَكَلْبُ الْغَنِيمَةِ يَخُصُّ بِهِ الْإِمَامُ مِنْ شَاءَ، إِذْ لَا مِلْكَ فِيهِ.

(التَّصَرُّفُ الرَّابِعُ: الْأَغْنِتَامُ)، وَالْغَنِيمَةُ كُلُّ مَا أَخَذَتْهُ الْفِتْنَةُ الْمُجَاهِدَةُ عَلَى سَبِيلِ الْغَلْبَةِ^(٤) دُونَ مَا يُخْتَلَسُ (و)، وَيُسْرَقُ؛ فَإِنَّهُ خَاصٌّ بِمَلِكِ الْمُخْتَلَسِ^(٥) وَدُونَ مَا يَنْجَلِي عَنْهُ الْكُفَّارُ بِغَيْرِ قِتَالٍ، فَإِنَّهُ فِيهِ، وَدُونَ اللَّقْطَةِ؛ فَإِنَّهَا لِأَخِيذِهَا.

وَاللَّغْنِيمَةُ أَحْكَامٌ:

(الْأَوَّلُ): أَنَّهُ يَجُوزُ التَّبَسُّطُ فِي أَطْعَمَتِهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ، مَا دَامُوا فِي دَارِ الْحَزْبِ؛ لِأَجْلِ الْحَاجَةِ، وَيَجْزِي ذَلِكَ فِي الْقُوَّةِ، وَاللَّحْمِ، وَالتَّبْنِ، وَالشَّعِيرِ، وَلَا يَجْزِي فِي الْفَائِدِ^(٦). وَالشُّكْرِ وَأَمْثَالِهِ، وَفِي الْفَوَاحِشِ الرُّطْبَةُ وَجِهَانِ (و)، وَيَجُوزُ فِي الشَّحْمِ الْأَكْلُ، وَلِتَوْقِيحِ^(٧) الدَّوَابِّ وَجِهَانِ.

وَلَا يَجُوزُ فِي الْحَيَوَانَاتِ إِلَّا الْغَنَمُ؛ فَإِنَّهُ طَعَامٌ، فَيَذْبَحُ، وَيُؤْكَلُ، وَيُرَدُّ جِلْدُهُ إِلَى الْمَغْنَمِ، وَلَا

(١) قال الرافي: «لم يفرق بينهما في البيع والقسمة» قد سبق بمقصوده فذكر في البيع حيث قال نهى عن أن توله والده بولدها. [ت]

(٢) قال الرافي: «والأب هل هو في معناها؟ فيه قولان» قيل: وجهان. [ت]

(٣) قال الرافي: «هل يتعدى التحريم إلى سائر المحارم؟ فيه قولان قيل هما وجهان. [ت]

(٤) قال الرافي: «والغنيمة كل ما أخذته الفتنه المجاهدة على سبيل الغلبة» هذا مذكور مرة في باب قسمة الغنائم. [ت]

(٥) قال الرافي: «والغنيمة كل مال إلى قوله فإنه خاص ملك المختلس» هذا وجه ادعى الإمام أنه المذهب المشهور، والأكثرون جعلوه غنيمة مُحَمَّسَةً. [ت]

(٦) الفانيد: نوع من الحلوى يعمل من القند والنشا، وهي كلمة أعجمية.

ينظر المصباح المنير ص (٤٨١).

(٧) توقيح الدابة: تصليب حافره إذا حَفِيَ بالشحم المذاب حتى يقوى ويصلب.

ينظر المصباح المنير ص (٦٦٧).

يَجِبُ قِيَمَةُ اللَّحْمِ، وَإِنْ أَمَكَنَّ سُوقُ الْغَنَمِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

وَيُبَاحُ (و) الْأَخْذُ لِمَنْ مَعَهُ طَعَامٌ، وَمَنْ لَيْسَ مَعَهُ، وَلَكِنْ قَدَّرَ الْحَاجَةَ، فَلَوْ أَصَافَ بِهِ مَنْ لَيْسَ مِنَ الْغَانِمِينَ، فَهُوَ كَتَقْدِيمِ الْمَغْضُوبِ إِلَى الضَّيْفِ، وَلَوْ فَضَّلَ مِنْهُ شَيْءٌ بَعْدَ الدُّخُولِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ، فَمَا لَهُ قِيَمَةٌ، رُدَّ عَلَى الْمَغْنَمِ.

وَإِنْ كَانَ قَلِيلاً، فَوَجْهَانِ^(١).

وَلَوْ لَحِقَ مَدَدٌ بَعْدَ الْأَغْنِيَامِ، فَفِي جَوَازِ التَّبَسُّطِ لَهُمْ وَجْهَانِ، وَلَوْ لَمْ يَجِدُوا سُوقاً فِي أَطْرَافِ بِلَادِ الْأَغْنِيَامِ، أَوْ وَجَدُوهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، فَفِي جَوَازِ الْأَخْذِ وَجْهَانِ، وَإِذَا أَخَذَ، ثُمَّ أَقْرَضَ غَانِماً آخَرَ، فَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمِثْلِهِ مِنَ الْمَغْنَمِ، مَا دَامُوا فِي الْحَرْبِ، وَلَا يُطَالِبُهُ مِنْ خَاصِّ مِلْكِهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ، وَكَأَنَّ الْمُسْتَقْرِضَ أَخَذَهُ.

(وَالْحُكْمُ الثَّانِي لِلْغَنِيمَةِ): أَنَّهُ يَسْقُطُ بِالْإِعْرَاضِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَلَا يَسْقُطُ بَعْدَهَا، وَهَلْ يَسْقُطُ بَعْدَ إِفْرَازِ الْخُمْسِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْقُطُ.

وَقَوْلُهُ: «أَخْتَرْتُ الْغَنِيمَةَ»، هَلْ يَمْنَعُهُ عَنِ الْإِعْرَاضِ بَعْدَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْرَضَ جَمْعُ الْغَانِمِينَ، لَمْ يَصِحَّ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيَنْصَرِفُ إِلَى مَصْرِفِ الْخُمْسِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَإِعْرَاضُ ذَوِي الْقُرْبَى بِأَجْمَعِهِمْ عَنْ سَهْمِهِمْ لَا يَصِحُّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَيَصِحُّ إِعْرَاضُ الْمُفْلِسِ، وَإِنْ أَحَاطَ بِهِ الدُّيُونُ، وَلَا يَصِحُّ إِعْرَاضُ السَّفِيهِ، وَلَا يَصِحُّ إِعْرَاضُ الصَّبِيِّ، إِلَّا إِذَا بَلَغَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَلَا يَصِحُّ إِعْرَاضُ الْعَبْدِ عَنِ الرَّضْخِ، وَيَصِحُّ إِعْرَاضُ سَيِّدِهِ، وَفِي صِحَّةِ الْإِعْرَاضِ عَنِ السَّلْبِ، وَالسَّالِبِ مُتَعَيَّنٌ، وَجْهَانِ، وَمَنْ أَعْرَضَ عَنِ الْغَنِيمَةِ قَدَّرَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ، وَقَسَمَ عَلَى الْبَاقِينَ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْإِعْرَاضِ، قَامَ الْوَارِثُ مَقَامَهُ؛ وَمِنْ هَذَا نَشَأَ خِلَافٌ فِي الْمَلِكِ^(٢)، فَفِي قَوْلِي: لَا تُمْلِكُ الْغَنِيمَةَ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ، وَفِي قَوْلِي: تُمْلِكُ بِالِاسْتِيْلَاءِ مِلْكَاً ضَعِيفاً يَسْقُطُ بِالْإِعْرَاضِ، وَفِي قَوْلِي: هُوَ مُوقُوفٌ إِلَى الْقِسْمَةِ وَالْإِعْرَاضِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى الْأَقْوَالِ مَسَائِلُ:

(الْأُولَى): أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي الْمَغْنَمِ بَعْضٌ مَنِ يَغْنَقُ عَلَى الْغَانِمِينَ، لَمْ يَغْنَقِ حِصَّتُهُ مَا لَمْ يَقَعْ فِي حِصَّتِهِ، وَلَمْ يَمْنَعَهُ ذَلِكَ عَنِ الْإِعْرَاضِ، وَلَوْ اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً، وَقُلْنَا لَا يَمْلِكُ، فَلَا حَدَّ، وَلَا يَنْفَذُ الْاسْتِيْلَادُ فِي نَصِيْبِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ، فَفِي تَقْوِذِهِ فِي حِصَّتِهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ؛ لَضَعْفِ الْمَلِكِ، نَفَذَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ، فَقَوْلَانِ؛ كَأَسْتِيْلَادِ الْأَبِ جَارِيَةَ الْإِبْنِ، وَمِنْ هَذَا خُرُجُ قَوْلِي فِي أَنَّ نَصِيْبَهُ مِنَ الْقَرِيبِ يَغْنَقُ عَلَيْهِ، وَإِنْ نَفَذَ فِي نَصِيْبِهِ، وَهُوَ مُوسِرٌ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الْغَنِيمَةِ أَوْ

(١) قال الرافعي: «ولو فضل منه شيء إلى قوله: فوجهان» هذه طريقة؛ ورجح المعظم طرد الخلاف في

الفاضل كم كان وجعل الخلاف وجهين والمشهور أن الخلاف قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ومن هذا نشأ خلافاً في الملك... إلى آخره» المشهور أنه وجوه لا أقوال. [ت]

لِغَيْرِهِ، سَرَى، وَالْوَلَدُ حُرٌّ (ح) جَمِيعُهُ، وَفِي وَجُوبِ حِصَّةِ غَيْرِهِ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ قَوْلَانِ؛ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّهُ يَنْتَقِلُ الْمَلِكُ إِلَيْهِ قُبَيْلَ الْعُلُقِ أَوْ بَعْدَهُ، كَمَا فِي الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، وَوَلَدُهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ حُرٌّ وَنَسِيبٌ (ح)، وَلَكِنْ لَوْ كَانَ مُعْسِراً، وَوَقَّتَ الْاِسْتِيلَادُ عَلَى بَعْضِهِ، فَيَعْتَقُ جَمِيعَ الْوَلَدِ أَوْ بَعْضُهُ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَيَجْرِي فِي وَلَدِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ^(١)، لَكِنَّ الْأَظْهَرَ أَنَّ الشَّرَكَةَ شُبْهَةٌ تُوجِبُ حُرِّيَّةَ الْوَلَدِ، نَعَمْ: مَنْ مِنْ نِصْفِهَا حُرٌّ، وَنِصْفُهَا رَقِيقٌ، فَوَلَدُهَا يَنْتَعِضُ فِي الرِّقِّ إِذْ لَا شُبْهَةَ، وَأَمَّا الْحَدُّ، فَلَا يَجِبُ، وَالْمَهْرُ يَجِبُ جَمِيعُهُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَا مَلِكَ لَهُ، وَيُوضَعُ فِي الْمَغْنَمِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ، حُطَّ عَنْهُ قَدْرُ حِصَّتِهِ.

(الْحُكْمُ الثَّالِثُ): أَنَّ أَرَاضِي الْكُفَّارِ تُمْلِكُ بِالْاِسْتِيلَاءِ، وَقَدْ مَلَكَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَرَاضِي الْعِرَاقِ^(٢)، وَقَسَمَهَا، ثُمَّ اسْتَطَابَ عَنْهَا قُلُوبَ الْمُتْلَاكِ، وَوَقَفَهَا وَآجَرَهَا مِنْ سُكَّانِهَا إِجَارَةً مُؤَبَّدَةً لِأَجْلِ الْمَصْلَحَةِ، وَضَرَبَ الْأَجْرَةَ خَرَجاً عَلَيْهِمْ؛ فَلَا يَصِخُّ بَيْنَ أَرَاضِي الْعِرَاقِ، وَيَصِخُّ إِجَارَتُهَا مِنْ أَزْبَابِهَا إِجَارَةً مُؤَبَّدَةً، وَلَا يُزْعَجُ عَنْهَا سُكَّانُهَا، إِذَا وَرِثُوهَا مِنْ آبَائِهِمُ الَّذِينَ اسْتَأْجَرُوهَا مِنْ عُمَرُ، وَلَا يَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِالمَوْتِ، وَأَمَّا مَكَّةُ، فَيَصِخُّ بَيْنَ دَوْرَيْهَا؛ لِأَنَّهَا مَلِكٌ، وَقَدْ فُتِحَتْ عَنْوَةٌ^(٣).

(البَابُ الثَّالِثُ: فِي تَرْكِ الْقَتْلِ، وَالْقِتَالِ بِالْأَمَانِ)

وَالْأَمَانُ مَصْلَحَةٌ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ، وَمَكِيدَةٌ مِنْ مَكَائِدِ الْقِتَالِ فِي الْمُبَارَزَةِ، وَلَا يَصِخُّ مِنْ أَحَادِ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا فِي أَحَادِ الْكُفَّارِ، أَوْ عَدَدٍ مَخْصُورِينَ، وَيَصِخُّ مِنْ كُلِّ مُؤْمِنٍ مُكَلَّفٍ؛ حَتَّى الْعَبْدُ (ح) وَالْمَرْأَةُ وَالشَّيْخُ الْهَرِمُ وَالسَّفِيهِ، وَلَا يَصِخُّ مِنْ مَجْنُونٍ (و) وَصَبِيٍّ، وَيَنْعَقِدُ بِاللَّفْظِ وَالْكِتَابَةِ وَالْإِشَارَةِ الْمَفْهُمَةِ، فَإِنْ رَدَّ الْكَافِرُ، أَرْتَدَّ، وَإِنْ قُبِلَ، صَحَّ، وَلَا يَكْفِي سُكُونُهُ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ قُبُولِ، وَلَوْ بِالْفِعْلِ، فَلَوْ أَشَارَ عَلَيْهِمْ مُسْلِمٌ فِي صَفِّ الْكُفَّارِ، فَانْتَحَزَ إِلَى صَفِّ الْمُسْلِمِينَ، وَتَفَاهَمَا الْأَمَانُ، فَهُوَ أَمَانٌ، وَإِنْ ظَنَّ الْكَافِرُ؛ أَنَّهُ أَرَادَ الْأَمَانُ، وَالْمُسْلِمُ لَمْ يُرْذِهِ، فَلَا يُغْتَالُ، بَلْ يُلْحَقُ بِأَمَانِهِ، وَلَوْ قَالَ: مَا فَهِمْتُ الْأَمَانَ، يُغْتَالُ، وَمَنْ دَخَلَ مِنْهُمْ لِسْفَارَةٍ أَوْ لِسَمَاعِ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى عَقْدِ أَمَانٍ، بَلْ ذَلِكَ الْقَصْدُ يُؤْمِنُهُ، وَقَصْدُ التَّجَارَةِ لَا يُؤْمِنُهُ، وَإِنْ ظَنَّهُ أَمَانًا، وَلَوْ قَالَ الْوَالِي: أَمِنْتُ مِنْ قَصْدِ التَّجَارَةِ، صَحَّ، وَلَا يَصِخُّ مِنَ الْآحَادِ، فَإِنْ ظَنَّ الْكَافِرُ صِحَّتَهُ، فَلَا يُغْتَالُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَشَرْطُ الْأَمَانِ أَلَّا يَزِيدَ عَلَى سَنَةٍ، وَيَصِخُّ إِلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، وَفَوْقَ ذَلِكَ إِلَى السَّنَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَمَّنَ جَاسُوساً أَوْ مَنْ فِيهِ مَضَرَّةٌ، لَمْ يَنْعَقِدْ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْمَصْلَحَةُ، بَلْ يَكْفِي عَدَمُ الْمَضَرَّةِ لِلصَّحَّةِ،

(١) قال الرافي: «ويجري في ولد الجارية المشتركة إلى آخره» يشعر بأن الأظهر في استيلاء أحد الغانمين التبعيض، والأشبه أنه لا فرق وأن الولد حر هناك أيضاً.

(٢) قال الرافي: «وقد ملك عمر رضي الله عنه أراضي العراق... إلى آخره» هذا يشتمل على ما ذكره في «الرهن» إلا أنه حدها هناك، وحكى وجه ابن سريج، وأهملها هنا وكان بسبيل من أن يقتصر ويختصر.

[ت]

(٣) قال الرافي: «لأنها ملك، وقد فتحت عنوة» ظاهره مخالف المذهب، فقد اشتهر أن مكة فتحت صلحاً عندنا، وعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - فتحت عنوةً واللُّقطة التي أجراها مؤولة. [ت]

وَحُكْمُهُ إِذَا ائْتَقَدَ، كَفَفْنَا عَنْهُ وَعَمَّا مَعَهُ مِنْ أَهْلٍ وَمَالٍ، إِنْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْأَمَانِ، وَإِنْ ائْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: ائْتَشْتُكَ، فَفِي سِرِّيَّتِهِ إِلَى الْأَهْلِ وَالْمَالِ الَّذِي مَعَهُ وَجْهَانِ، وَفِي عَقْدِ الْأَمَانِ لِلْمَرْأَةِ مَقْصُوداً لِلْعِصْمَةِ عَنْ الْأَسْرِ قَاقٍ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ، وَالْأَسِيرُ إِذَا أَمِنَ مِنْ أَسْرِهِ، فَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُكَرَّهِ، وَلَوْ أَمِنَ غَيْرُهُ، فَوَجْهَانِ، وَيَلْزَمُهُ حُكْمُهُ، وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ غَيْرُهُ، فَلَوْ ائْتَنَّهُمْ، وَأَمْنُوهُ بِشَرْطٍ أَلَّا يَخْرُجَ مِنْ دَارِهِمْ، لَزِمَهُ الْخُرُوجُ، مَهْمَا قَدَرَ، وَإِنْ حَلَفَ بِالْطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْإِيمَانِ الْمُغْلَظَةِ، لَكِنْ يُكْفَرُ، وَدَعَا يَقَعُ طَلَاقُهُ وَعَتَاقُهُ فَلَا رُخْصَةَ فِي الْمَقَامِ؛ حَيْثُ يَبْدُلُ الْمُسْلِمُ، وَلَكِنْ عِنْدَ الْخُرُوجِ لَا يَغْتَالُهُمْ، إِنْ ائْتَنَّهُمْ، وَلَوْ أَتْبَعَهُ قَوْمٌ، فَلَهُ دَفْعُهُمْ وَقَتْلُهُمْ دُونَ غَيْرِهِمْ، وَلَوْ شَرَطُوا عَلَيْهِ الرُّجُوعَ، لَمْ يَلْزَمُهُ (و)، وَلَوْ شَرَطَ إِنْقَاضَ مَالٍ، لَمْ يَلْزَمُهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ اشْتَرَى مِنْهُمْ شَيْئاً، وَلَزِمَهُ التَّمَنُّ، لَزِمَهُ إِنْقَاضُهُ، وَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى الشِّرَاءِ، فَعَلَيْهِ رَدُّ الْعَيْنِ، وَعَلَى الْقَدِيمِ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ رَدِّ الْعَيْنِ أَوْ التَّمَنُّ، إِذْ يَقِفُ الْعَقْدُ، وَالْكَافِرُ إِذَا اسْلَمَ، وَقَدْ لَزِمَتْهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، أَوْ ظَهَارٍ، لَمْ تَنْقُطْ بِاسْلَامِهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ.

وَكَذَلِكَ يَجِبُ عَلَى الْمُبَارِزِ، مَعَ قُوَّتِهِ الْوَفَاءُ بِشَرْطِهِ، وَإِنْ شَرَطَ الْقَوْمُ الْكَفَّ عَنْهُ إِلَى أَنْ يَتِمَّ الْقِتَالُ، جَازَ أَنْ يُقْتَلَ الْكَافِرُ، إِذَا وَلَّى مُذْبِراً؛ إِذْ تَمَّ الْقِتَالُ بِالْهَرِيمَةِ.

وَإِنْ أَخَّرَ الْمُسْلِمُ، وَقَصِدَ تَذْيِيفُهُ مَعْنَاهُ، وَإِنْ شَرَطَ لَهُ التَّمَكُّينَ مِنْهُ، فَهَذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَلَوْ خَرَجَ جَمَاعَةٌ لِإِعَانَةِ كَافِرٍ بِأَسْنِجَارِهِ، قَتَلْنَاهُ مَعَهُمْ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ تَتَعَرَّضَ لَهُ. وَيَتِمُّ النَّظَرُ فِي مُشَارَطَاتِ الْكُفَّارِ بِثَلَاثِ مَسَائِلَ:

(الْأُولَى): إِذَا دَلَّ عَلِيجٌ عَلَى قَلْعَةٍ بِشَرْطٍ أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ جَارِيَةٌ فِيهَا، صَحَّتِ الْمُشَارَطَةُ؛ لِلْحَاجَةِ مَعَ أَنَّ هَذِهِ جُعَالَةٌ مَجْهُولَةُ الْجُعْلِ، بَلِ الْجُعْلُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ وَلَا مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهِ، وَلَا يَصِحُّ هَذَا مَعَ الْمُسْلِمِ (و)، وَإِنْ أَتَمَّ الدَّلَالَةَ، ثُمَّ الْجَارِيَةَ تُسَلَّمَ إِلَى الْعِلْجِ، إِنْ ظَفِرْنَا بِهَا، فَإِنْ لَمْ تَفْتَحِ الْقَلْعَةَ، لِعَجْزٍ، أَوْ تَجَاوَزْنَاهَا مَعَ الْقُدْرَةِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْنَا، وَإِنْ أَتَمَّ الدَّلَالَةَ، إِلَّا إِذَا رَجَعْنَا إِلَى الْفَتْحِ بِعَلَامَتِهِ.

وَلَوْ فَتَحَهَا طَائِفَةٌ أُخْرَى؛ إِذْ سَمِعُوا الْعَلَامَةَ، فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِمْ؛ إِذْ لَمْ يَجْرِ الشَّرْطُ مَعَهُمْ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جَارِيَةٌ، فَلَا شَيْءَ لَهُ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ قَدْ مَاتَتْ قَبْلَ الْمُعَاقَدَةِ.

وَإِنْ مَاتَتْ بَعْدَ الظَّفَرِ^(١)، وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَعَلَيْنَا الْبَدْلُ، إِمَّا أَجْرُهُ الْمِثْلِ، أَوْ قِيمَةُ الْجَارِيَةِ؛ بِنَاءً

(١) قال الرافعي: «وإن ماتت بعد الظفر إلى آخره» قضيته أن يكون القولان هناك كالقولين في الصداق، لكن الأصح نفي الصداق وجوب أجرة المثل، فأجاب عامة الأصحاب ها هنا بوجوب قيمة الجارية، وكذا الخلاف في كل كافر لا يرق بنفس الأسر يقتضي جريان الخلاف في أن الرق هل يجري على الأسير إذا أسلم بعد الأسر وليس له ذكر في كتب الأصحاب، وإنما تكلموا في أنه يرق بنفس الإسلام، أو يرق بأنه يرقه الإمام بعد الإسلام. [ت]

عَلَى أَنَّ الْجُعْلَ الْمُعَيَّنَ يُضْمَنُ ضَمَانَ الْعَقْدِ، أَوْ ضَمَانَ الْيَدِ؛ كَالصَّدَاقِ.

وَأِنْ مَاتَ قَبْلَ الظَّفَرِ، وَبَعْدَ الْعَقْدِ، فَفِي وَجُوبِ الْبَدَلِ قَوْلَانِ. وَإِنْ أَسْلَمْتَ، وَجَبَ الْبَدَلُ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى تَسْلِيمِهَا إِلَى كَافِرٍ، وَإِنْ شَرَطْنَا لِزَعِيمِ الْقَلْعَةِ أَمَانَ أَهْلِهِ، وَكَانَتْ مِنْ أَهْلِهِ، لَمْ نُسَلِّمْهَا إِلَى الْعِلْجِ بِبَدَلٍ يَبْدُلُهُ، فَصُلَحْنَا مَعَ الزَّعِيمِ بَاطِلٌ، لَكِنْ نَرُدُّهُ إِلَى الْمَأْمَنِ؛ حَتَّى نَسْتَأْنِفَ الْقِتَالَ؛ لِأَنَّهُ صُلَحَ مَنَعَ الْوَفَاءِ بِمَا وَجَبَ بِشَرْطِ قَبْلِهِ، وَإِنْ لَمْ يَخْصُلْ لَنَا شَيْءٌ مِنَ الْقَلْعَةِ إِلَّا تِلْكَ الْجَارِيَةُ، فَفِي وَجُوبِ التَّسْلِيمِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): الْمُسْتَأْمَنُ، إِذَا نَقَضَ الْعَهْدَ، فَرَجَعَ إِلَى دَارِهِ، فَمَا خَلَفَهُ عِنْدَنَا مِنْ وَدِيعَةٍ أَوْ دَيْنٍ، فِيهِ أَرْبَعَةٌ أَوْجُهُ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ فِيهِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ إِلَى أَنْ يَمُوتَ، فَإِنْ مَاتَ، فَهُوَ فِيهِ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ، وَإِنْ مَاتَ، فَهُوَ لِوَارِثِهِ.

(الرَّابِعُ): أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ، إِنْ عَقَدَ الْأَمَانَ لِلْمَالِ مَقْصُودًا، وَإِلَّا فَيَنْقَضُ أَيْضًا تَابِعًا لِنَفْسِهِ، وَالرُّقُ كَالْمَوْتِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَبْقَى أَمَانُهُ بَعْدَ الرُّقِ، فَلَوْ عَتَقَ، رُدَّ عَلَيْهِ، وَلَوْ مَاتَ رَقِيقًا، فَهُوَ فِيهِ؛ إِذْ لَا إِزْتَ مِنَ الرَّقِيقِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ؛ أَنَّهُ لَوَرَّثِيهِ، وَمَهْمَا جَعَلْنَاهُ لِلْوَارِثِ، فَلَهُ أَنْ يَدْخُلَ بِلَادَنَا؛ لِطَلْبِهِ مِنْ غَيْرِ عَقْدِ أَمَانٍ، وَهَذَا الْعُدْرُ يُؤْمَنُهُ؛ كَقَضْدِ السَّفَارَةِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا حَاصَرْنَا أَهْلَ قَلْعَةٍ، فَتَزَلُّوا عَلَى حُكْمِ رَجُلٍ، صَحَّ إِذَا كَانَ الرَّجُلُ عَاقِلًا عَدْلًا بَصِيرًا بِمَصَالِحِ الْقِتَالِ، ثُمَّ يَنْفُذُ حُكْمَهُ عَلَى الْإِمَامِ، وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا فَوْقَهُ، وَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا دُونَهُ فَإِنْ قَضَى بغيرِ الْقِتَالِ، فَلَيْسَ لِلْإِمَامِ الْقَتْلُ، وَإِنْ قَضَى بِالْقَتْلِ، فَهَلْ لَهُ الْأَسِيرُ زَقَاقُ، وَفِيهِ ذَلِكَ مُؤَبَّدٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَكَمَ بِقَبُولِ الْجِزْيَةِ، فَهَلْ يُجْبَرُونَ عَلَيْهِ، وَهُوَ عَقْدُ مُرَاضَاةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُهُمْ، فَمَنْعُهُمْ كَمَنْعِ أَهْلِ الذِّمَّةِ الْجِزْيَةَ، وَلَوْ حَكَمَ بِالْإِزْقَاقِ، فَأَسْلَمَ وَاحِدٌ قَبْلَ الْإِزْقَاقِ، فَفِي جَوَازِ إِزْقَاقِهِ وَجْهَانِ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ كَافِرٍ لَا يَرِيقُ بِنَفْسِ الْأَسِيرِ، إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ الْإِزْقَاقِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ مِائَةٌ نَفَرٍ، فَعَدَّ مِائَةً، قَتَلْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ وَرَاءَ الْمِائَةِ.

(كِتَابُ عَقْدِ الْجِزْيَةِ وَالْمُهَادَنَةِ، وَفِيهِ بَابَانِ)

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْجِزْيَةِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِهَا وَأَحْكَامِهَا:

وَأَرْكَانُهَا خَمْسَةٌ:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ): نَفْسُ الْعَقْدِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ نَائِبُ الْإِمَامِ: أَفَرَزْتُكُمْ بِشَرْطِ الْجِزْيَةِ وَالْأَسْتِيسْلَامِ، وَيَذْكُرُ مِقْدَارَ الْجِزْيَةِ، فَيَقُولُ الذَّمِيُّ: قَبِلْتُ.

وَقِيلَ: لَا يَجِبُ ذِكْرُ مِقْدَارِ الْجِزْيَةِ، لَكِنْ يُنْزَلُ عَلَى الْأَقْلِ، وَلَا يَجِبُ ذِكْرُ الْأَسْتِيسْلَامِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ ذِكْرُ كَتَفِ اللَّسَانِ عَنِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَهَلْ يَصِحُّ مُوقَفًا؟ قَوْلَانِ^(١)، وَلَوْ قَالَ: أَفَرَزْتُكُمْ مَا شِئْتُ^(٢) أَنَا فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ، وَلَوْ قَالَ: مَا شِئْتُمْ، صَحَّ؛ فَإِنَّ عَقْدَ الْجِزْيَةِ غَيْرُ لَازِمٍ مِنْ جَانِبِ الْكُفَّارِ، بَلْ لَهُمْ الْأَلْتِيْحَاقُ بِدَارِهِمْ إِذَا شَاءُوا، وَإِذَا فَسَدَ الْعَقْدُ، فَلَا نَغْتَالُهُمْ، لَكِنْ نُلْحِقُهُمْ بِالْمَاضِي، فَلَوْ أَقَامَ سَنَةً قَبْلَ الْخُرُوجِ، لَمْ نُسَامِخْ، وَأَخَذْنَا لِكُلِّ سَنَةٍ دِينَارًا، وَلَوْ دَخَلَ كَافِرٌ دَارَنَا مُدَّةً بِغَيْرِ أَمَانٍ، لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ (و) شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْ، لَكِنْ نَغْتَالُهُ، وَنَسْتَرْقُهُ، أَوْ نَقْتُلُهُ؟ وَلَوْ قَبِلَ الْجِزْيَةَ، فَفِي جَوَازِ أَسْتِيزْقَاقِهِ وَجِهَانٍ؛ لِأَنَّا لَمْ نَقْصِدْ أَسْرَهُ؛ بِخِلَافِ الْأَسِيرِ؛ فَإِنَّ بَذْلَهُ الْجِزْيَةَ لَا يَمْنَعُ (و) أَسْتِيزْقَاقَهُ، وَلَوْ قَالَ الْكَافِرُ: كُنْتُ دَخَلْتُ لِسَمَاعِ كَلَامِ اللَّهِ، أَوْ لِسَقَرٍ، صَدَّقْتَاهُ، وَلَا نَغْتَالُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ (و) مَعَهُ كِتَابٌ، وَلَوْ قَالَ: دَخَلْتُ بِأَمَانٍ، فَهَلْ يُصَدَّقُ بِغَيْرِ حُجَّةٍ؟ وَجِهَانٍ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْعَاقِدُ، وَهُوَ الْإِمَامُ)، وَيَجِبُ (و) عَلَيْهِ الْقَبُولُ، إِذَا بَذَلُوهُ إِلَّا إِذَا خَافَ غَائِلَتَهُمْ، وَلَا يَجُوزُ قَبُولُ الْجَاسُوسِ، وَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ الْجِزْيَةَ، وَلَوْ عَقَدَ مُسْلِمٌ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ، لَمْ يَصِحَّ (و)، وَلَا نَغْتَالُهُ، وَإِنْ أَقَامَ سَنَةً، لَمْ نَأْخُذِ الدِّينَارَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ قَبُولَهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ إِمَامٍ غَيْرُ مُؤَثَّرٍ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: [الْجِزْيَةُ]^(٣) فَيَمَنْ يُعْقَدُ لَهُ)، وَهُوَ كُلُّ كِتَابِيٍّ عَاقِلٍ بَالِغٍ حُرٍّ ذَكَرٍ مُتَأَهِّبٍ لِلْقِتَالِ قَادِرٍ عَلَى آدَاءِ الْجِزْيَةِ، أَنَا الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ وَالْمَجْنُونُ، فَهُمْ أَتْبَاعُ، وَلَا جِزْيَةَ عَلَيْهِمْ، وَلِلرَّجُلِ أَنْ يَسْتَتِجَ مِنْ نِسَاءِ الْأَقَارِبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَحَارِمَ، مَا شَاءَ، دُونَ الْأَجَانِبِ، بَأَن يَشْتَرِطَ، فَإِنْ أَطْلَقَ، لَمْ تُثْبَغْ إِلَّا صِغَارُ أَوْلَادِهِ (و)، وَزَوْجَاتِهِ (و)، دُونَ نِسْوَةِ الْأَقَارِبِ، وَالْأَصْهَارِ (و) يُلْحَقُونَ بِالْأَقَارِبِ؛ فِي وَجْهِ، وَمَهْمَا بَلَغَ الصَّبِيُّ، وَأَفَاقَ الْمَجْنُونُ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ، أَسْتَقْلَلُوا، فَعَلَيْهِمُ الْجِزْيَةُ.

(١) قال الرافعي: «وهل يصح موقفا؟ قولان» قيل: الخلاف وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: أفرمكم ما شئت إلى آخره لا يوجد لعامة الأصحاب إلا الجواب بالمنع.» [ت]

(٣) سقط من أ.

وَهَلْ يَجِبُ عَلَى الصَّبِيِّ، إِذَا بَلَغَ اسْتِثْنَاءُ عَقْدٍ لِنَفْسِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَكْتَفَيْنَا بِعَقْدِ أَبِيهِ، لَزِمَهُ مِثْلُ مَا أَلْزَمَ الْأَبَ لِنَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ زِيَادَةٌ، وَإِذَا بَلَغَ سَفِيهَا، صَحَّ (و) عَقْدُهُ^(١) لِنَفْسِهِ بِزِيَادَةِ الدِّينَارِ؛ لِحَقْنِ الدَّمِ.

وَيَصِحُّ مِنَ الْوَلِيِّ (و) بِذَلِكَ الزِّيَادَةِ^(٢) مَنْ مَالِهِ أَيْضًا: لِحَقْنِ دَمِهِ، وَمَنْ يُجْرُ يَوْمًا، وَيُفِيْقُ يَوْمًا، يُلْتَقَطُ أَيَّامُ إِفَاقَتِهِ، فَيَكْمُلُ سَنَةٌ وَيُؤْخَذُ دِينَارٌ.

وَقِيلَ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: هُوَ كَالْعَاقِلِ.

وَقِيلَ: يُنْتَظَرُ إِلَى الْأَغْلَبِ.

وَقِيلَ: يُنْتَظَرُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ؛ كَمَا فِي تَحْمُلِ الْعَقْلِ.

وَإِذَا وَقَعَ مِثْلُهُ فِي الْأَسْرِ (و)، نُظِرَ إِلَى وَقْتِ الْأَسْرِ.

وَإِذَا دَخَلَتْ أَمْرَأَةٌ دَارَنَا مِنْ غَيْرِ أَمَانٍ وَتَبِعِيَّةٍ، اسْتُرِفَّتْ، وَكَذَا الصَّبِيُّ.

وَإِنْ حَاصَرْنَا قَلْعَةً لَيْسَ فِيهَا إِلَّا نِسْوَةٌ، قَبِلُوا الْجِزْيَةَ، فَهَلْ يَجِبُ قَبُولُهَا وَتَرْكُ إِزْفَاتِيهِمْ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و)، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ؛ إِذِ الْمَرْأَةُ لَا تَتَأَهَّلُ فِي الْجِزْيَةِ الَّتِي لَا تَجِبُ، وَالزَّيْمُ وَالْعَسِيفُ، إِذَا قُلْنَا: لَا يُقْتَلُونَ، فَفِي وَجُوبِ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ خِلَافٌ، وَالْفَقِيرُ الْعَاجِزُ عَنِ الْكَسْبِ^(٣) يُخْرَجُ مِنَ الدَّارِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَيُقَرَّرُ مَجَانًا، عَلَى قَوْلٍ، وَتُقَرَّرُ الْجِزْيَةُ فِي ذِمَّتِهِ، عَلَى قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ التَّقْرِيرُ بِالْجِزْيَةِ لِلْيَهُودِ وَالنَّصَارَى^(٤) وَالْمَجُوسِ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ، وَالْوَثْنِيُّ وَعَبْدَةُ الشَّمْسِ، وَمَنْ لَا يَتَنَبَّيْ إِلَى كِتَابٍ لَا يُقَرَّرُ (و)، وَإِنْ كَانَ عَجَمِيًّا [ح]^(٥)، وَإِنْ ظَهَرَ قَوْمٌ زَعَمُوا أَنَّهُمْ أَهْلُ الزُّبُورِ، فَفِي تَقْرِيرِهِمْ وَجْهَانِ، وَمَنْ دَانَ أَبَاؤُهُ بِالتَّهْوُدِ بَعْدَ الْمَبْعَثِ، فَلَا يُقَرَّرُونَ، وَفِي الصَّابِيِّينَ وَالسَّامِرَةِ، وَهُمْ مُبْتَدِعَةُ الْيَهُودِ (ح) وَالنَّصَارَى قَوْلَانِ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانُوا كُفَرَاءَ دِينِهِمْ، فَلَا يُقَرَّرُونَ، وَإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً، قُرِّرُوا، فَلَوْ عَقَدْنَا، فَأَسْلَمَ مِنْهُمْ عَدْلَانِ، وَشَهِدُوا بِكُفْرِهِ، تَبَيَّنَ بَطْلَانُ الْعَقْدِ، وَيُغْتَالُ لِتَلْبِيسِهِ، وَالْمُتَوَلَّدُ بَيْنَ الْكِتَابِيِّ وَالْوَثْنِيِّ فِي مُنَآكِحِهِ قَوْلَانِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقَرَّرُ، وَلَوْ تَوَلَّنَ نَصْرَانِيًّا، وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ، أُمُّهُ نَصْرَانِيَّةٌ، فَلَهُ حُكْمُ

(١) قال الرافعي: «فإذا بلغ سفيهاً صحَّ عقده إلى آخره» هذا وجه، والأشبه منعه. [ت]

(٢) قال الرافعي: ويصح من الولي بذل الزيادة الأشبه المنع. [ت]

(٣) قال الرافعي: «والفقير العاجز عن الكسب إلى آخر الأقوال» يقال: الخلاف وجوه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وإنما يجوز التقرير بالجزية لليهود والنصارى إلى آخره» قد ذكر في النكاح أن الكتابيين

يجوز مناكحتهم، ويقرون بالجزية، وأن الوثني المعطل والزنديق لا يقرون وأن المجوس يقرون فلا حاجة

إلى ذكر التقرير هناك. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن كان يفتال أبوه على الأصح» الأشبه أنه لا يفتال، ويلحق بالأمم. [ت]

التَّضَرُّرِ، وَإِنْ كَانَتْ أَثْمُهُ وَثِيَّةً، فَهُوَ تَابِعٌ فِي التَّوَلُّنِ، أَوْ يَبْقَى عَلَيْهِ التَّضَرُّرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يُغْتَالُ إِذَا بَلَغَ بِحَالِهِ، وَإِنْ كَانَ يُغْتَالُ أَبُوهُ، عَلَى الْأَصَحِّ (و) (١).

وَلَا يَحِلُّ وَطْءُ سَبَايَا غَوْرٍ؛ لِأَنَّهُمْ أَرْتَدُّوا بَعْدَ الْإِسْلَامِ، وَفِي اسْتِزْقَاتِهِمْ (و) خِلَافٌ، وَالظَّاهِرُ جَوَازُ اسْتِزْقَاقِ الْوُثْنِيِّ، وَسَبَايَا غَوْرٍ أَوْلَادُ الْمُرْتَدِّينَ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِي الْبِقَاعِ)، وَيَقْرَوْنَ فِي سَائِرِ الْبِلَادِ، إِلَّا بِالْحِجَازِ، وَهِيَ مَكَّةُ وَالْمَدِينَةُ وَالْيَمَامَةُ وَنَجْدٌ، وَمَخَالِيفُهَا، وَالْوُجُ وَالطَّائِفُ وَخَبِيرٌ مِنْ مَخَالِيفِ الْمَدِينَةِ، وَهَلْ يَدْخُلُ الْيَمَنُ فِي ذَلِكَ؟ فِيهِ خِلَافٌ (٢)، إِذْ قِيلَ: تَنْتَهِي جَزِيرَةُ الْعَرَبِ إِلَى أَطْرَافِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ.

وَلَا يُمْنَعُونَ مِنَ الْاجْتِيَاظِ بِهَا مُسَافِرِينَ، لَا يُقِيمُونَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عَلَى مَوْضِعٍ سِوَى يَوْمِ الدُّخُولِ وَالْخُرُوجِ، أَمَّا مَكَّةُ، فَيُمْنَعُ (ح) مِنَ الْاجْتِيَاظِ بِهَا، وَإِنْ جَاءَ لِرِسَالَةٍ، خَرَجَ إِلَيْهِ مِنْ يَسْمَعُ الرِّسَالَةَ، فَإِنْ دُفِنَ بِهَا، نُشِئَ قَبْرُهُ، وَأُخْرِجَ، فَإِنْ مَرَضَ وَخِيفَ مَوْتُهُ بِنَقْلِهِ، نُقِلَ، فَإِنْ مَرَضَ عَلَى طَرَفِ الْحِجَازِ، وَخِيفَ النُّقْلُ، أُوشِقَ، تُرِكَ؛ حَتَّى يَبْرَأَ، وَإِلَّا أُزْعِجَ، وَإِنْ دُفِنَ بِهَا، وَلَمْ يَشُقَّ نَبَشُهُ، فَبِئْسَ وَجُوبُهُ لِإِخْرَاجِهِ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ: فِي [تَفْصِيلِ] مِقْدَارِ مَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ)، وَوَجِبَاتُهُمْ خَمْسَةٌ:

(الْأَوَّلُ الْجَزِيَّةُ)، وَأَقْلَهُ دِينَارٌ، وَيُتَخَيَّرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا نَقْرَةً، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُمَاسِكَ بِالزِّيَادَةِ مَا شَاءَ، فَإِنْ لَمْ يَنْدُلْ إِلَّا الدِّينَارَ، وَجَبَ الْقَبُولُ وَيَسْتَوِي الْفَقِيرُ [ح] (٣) وَالْغَنِيُّ، وَإِنْ قَبِلَ الزِّيَادَةَ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ، لَمْ يَنْفَعَهُ؛ كَالشَّرَاءِ بِالْغَنِيِّ، إِلَّا أَنْ يَنْبِذَ الْعَهْدَ، ثُمَّ يَرْجِعَ إِلَى بَذْلِ الدِّينَارِ، وَلَوْ أَسْلَمَ أَوْ مَاتَ بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ، اسْتَوْفَى [م] (٤)، وَلَوْ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ جَزِيَّةُ سَنَتَيْنِ، لَمْ تَتَدَاخَلَ (ح) (٥)، وَلَوْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، طُوْلِبَ (ح) بِقِسْطِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَا يُطَالَبُ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، إِنْ لَمْ يَمُتْ، وَتُقَدَّمُ الْجَزِيَّةُ فِي تَرْكِتِهِ عَلَى وَصَايَاهُ، وَعَلَى دُيُونِهِ. وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى وَحَقِّ الْآدَمِيِّ.

(الثَّانِي: الضَّيْفَةُ)، فَلِلْإِمَامِ أَنْ يُوظَّفَ عَلَيْهِمْ ضَيَافَةُ الطَّارِقِينَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؛ بِشَرْطِ أَنْ يَذْكُرَ عَدَدَ (و) الضَّيْفِ وَمِقْدَارَ طَعَامِهِ وَأَذْمِهِ وَجَنْسِهِ وَقَدْرَ عِلْفِهِ وَمَنْزِلِهِ وَمُدَّةَ مُقَامِهِ، وَلَا يَزِيدُ (و) عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَيَجْعَلُ عَدَدَ الضَّيْفَانِ عَلَى الْغَنِيِّ أَكْثَرَ، وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ بِجَنْسِ الطَّعَامِ، ثُمَّ

(١) قال الرافعي: «هل يدخل اليمن في ذلك؟ فيه خلاف إلى آخره» فيما ساقه إشعار بأن الحجاز والجزيرة عبارتان عن معين واحد، وكذلك في كلام الإمام، وعامة الأصحاب متفقوا الكلمة على أن الجزيرة أوسع من الحجاز، وعلى أن اليمن يدخل في حد الجزيرة ولا يدخل في حد الحجاز. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من أ.

ذَلِكَ مَحْسُوبٌ لَهُمْ مِنَ الدِّيَارِ، فَإِنْ نَقَصَ، وَجَبَ الْإِثْمُ، وَيَجُوزُ إِبْدَالُهَا بِالدَّنَائِيرِ دُونَ رِضَاهُمْ،
لَكِنَّ الدَّنَائِيرَ بَدَلٌ يَخْتَصُّ [ح] ^(١) بِأَهْلِ الْفَيْءِ، وَالضِّيَافَةُ لَا تَخْتَصُّ.
وَقِيلَ: لَيْسَتْ الضِّيَافَةُ بَدَلُ الدَّنَائِيرِ ^(٢)؛ بَلْ هِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ.
وَلَا تُبَدَّلُ بِالدَّنَائِيرِ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ.

(الثَّالِثُ: الْإِهَانَةُ)، وَهِيَ أَنْ يُطَاطَىءَ الذَّمُّ رَأْسُهُ عِنْدَ التَّسْلِيمِ، فَيَأْخُذَ الْمُسْتَوْفِي بِلُحْيَتِهِ
وَيَضْرِبَ فِي لَهَاظِمِهِ، وَهُوَ وَاجِبٌ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ حَتَّى لَوْ وَكَّلَ مُسْلِمًا بِالْأَدَاءِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ
ضَمِنَ الْمُسْلِمُ الْجِزْيَةَ، لَمْ يَصِحَّ، لَكِنَّ يَجُوزُ إِسْقَاطُ هَذِهِ الْإِهَانَةِ، مَعَ أَسْمِ الْجِزْيَةِ عِنْدَ الْمَصْلَحَةِ؛
بِتَضْعِيفِ الصَّدَقَةِ، وَيَجُوزُ ذَلِكَ مَعَ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ (و)؛ فَيَقُولُ الْإِمَامُ: أَبْدَلْتُ الْجِزْيَةَ بِضَعْفِ
الصَّدَقَةِ، فَيَكُونُ مَا يَأْخُذُهُ جِزْيَةً بِأَسْمِ الصَّدَقَةِ، فَيَأْخُذُ مِنْ خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ شَاتَيْنِ، وَمِنْ خَمْسِ
وَعِشْرِينَ بَنَتِي مَخَاضٍ، وَمِنْ عِشْرِينَ دِينَاراً دِينَاراً، وَمِنْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ عَشْرَةَ دِرْهَمٍ، وَمِمَّا سَقَتُهُ
السَّمَاءُ الْخُمْسَ، وَمَا سَقَى بِدَالِيَةِ الْعُشْرِ، وَيَأْخُذُ مِنْ سِتٍّ وَثَلَاثِينَ مِنَ الْإِبِلِ بَنَتِي لَبُونٍ، فَإِنْ لَمْ
يَكُنْ، فَبَنَتِي مَخَاضٍ، وَمَعَ كُلِّ وَاحِدٍ شَاتَانِ أَوْ عِشْرُونَ دِرْهَمًا، وَلَا يُضَعَّفُ (و) الْجُبُرَانُ ثَانِيًا،
وَلِلْإِمَامِ أَيْضًا أَنْ يُعْطِيَ الْجُبُرَانَ، إِذَا أَخَذَ بَنَتِ لَبُونٍ بَدَلِ بَنَتِ مَخَاضٍ، وَهَلْ يَحُطُّ عَنْهُمْ الْوَقْفُ؟ فِيهِ
ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ لَا يَحُطُّ وَيَأْخُذُ مِنْ عِشْرِينَ شَاةَ شَاةٍ، وَمِنْ مِائَةٍ دِرْهَمٍ خَمْسَةَ.

(وَالثَّانِي): يَحُطُّ.

(وَالثَّالِثُ): لَا يَحُطُّ إِلَّا إِذَا أَدَّى إِلَى التَّجْزِئَةِ، فَيُؤْخَذُ مِنْ سَبْعٍ مِنَ الْإِبِلِ وَنِصْفِ ثَلَاثِ شِيَاهِ،
ثُمَّ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَنْظُرَ فِيمَا يَحْصُلُ مِنَ الصَّدَقَةِ، فَإِنْ لَمْ يَفِ بِمَالِ الْجِزْيَةِ، إِذَا قَوِيَ بَعْدُ رُؤُوسِهِمْ
زَادَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَضْعَافٍ وَزِيَادَةٍ.

(١) قال الرافعي: وقيل: ليست الضيافة بدل الدنانير سياق الكتاب يقتضي ترجيح الأول، والظاهر الثاني.
[ت]

(٢) قال الرافعي: «الضيافة والعشر من رأي عمر رضي الله عنه» روى الشافعي عن مالك عن أسلم مولى عمر
أن عمر - رضي الله عنه - ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير، وعلى أهل الورق أربعين درهماً
ومع ذلك أرقاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام وروى أيضاً عن سفيان بن عيينة عن أبي إسحاق عن حارثة بن
مضرب أن عمر - رضي الله عنه - فرض على أهل السواد ضيافة. يوم وليلة، وفي إضافة الضيافة إلى رأي
عمر رضي الله عنه كلام، فإن الشافعي روى عن إبراهيم بن محمد عن أبي الحويرث أن النبي - صلى الله
عليه وسلم - ضرب على نصراني بمكة يقال له: موهب ديناراً كل سنة، وأن النبي صلى الله عليه وسلم
ضرب على نصاري «أيلة» ثلثمائة دينار في كل سنة، وأن يضيفوا من مَرَّ بهم من المسلمين، ولا يَغشوا
مسلماً [ت] أخرجه الشافعي في «مسنده» (١٣٠/٢) كتاب الجزية حديث (٤٢٧) عن إبراهيم بن محمد عن
أبي الحويرث به.

وَلَهُ أَنْ يَقْنَعَ (و) يَنْصِفِ الصَّدَقَةَ، وَإِنْ كَانَ وَافِياً.

(الرَّابِعُ): يَجُوزُ أَخْذُ الْعُشْرِ مِنْ بَضَاعَةِ تِجَارِ أَهْلِ الْحَرْبِ، وَيَجُوزُ (و) الزِّيَادَةُ، إِنْ رَأَى، وَيَجُوزُ التَّقْصَانُ إِلَى نِصْفِ الْعُشْرِ عَنِ الْمِيزَةِ؛ تَرْغِيباً لَهُمْ فِي التَّكْثِيرِ، وَكُلُّ مَا يَخْتَاجُ إِلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ، وَهَلْ يَجُوزُ حَطُّ أَصْلِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و).

(وَأَمَّا الذَّمُّ)، فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ تِجَارَتِهِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَتَجَرَ فِي الْحِجَازِ، فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا يُؤْخَذُ الْعُشْرُ فِي السَّنَةِ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ هَذَا مِنَ الْحَرْبِيِّ، إِذَا دَخَلَ بِهَذَا الشَّرْطِ، فَلَوْ دَخَلَ بِأَمَانٍ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، فَأَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ أَنْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالضِّيَافَةُ وَالْعُشْرُ مِنْ رَأْيِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ^(١).

(الخَامِسُ: الْخَرَاجُ)، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا قَوَّرْتَ أَمْلَأَهُمْ عَلَيْهِمْ؛ بِشَرْطِ الْخَرَاجِ، وَذَلِكَ يَنْقُطُ [ح] (٢) بِالْإِسْلَامِ، فَإِنْ مَلَكَهَا عَلَيْهِمْ، وَرَدَدْنَاهَا بِخَرَاجٍ، فَذَلِكَ أَجْرَةٌ لَا تَنْقُطُ بِالْإِسْلَامِ؛ كَأَرَاضِي الْعِرَاقِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ عَقْدِ الذَّمِّ)، وَحُكْمُهُ عَلَيْنَا وَجُوبُ الْكَفِّ عَنْهُمْ، وَأَنْ نَعْصِمَهُمْ بِالضَّمَانِ نَفْساً، وَمَالاً، وَلَا نَتَعَرَّضَ لِكِتَابَتِهِمْ وَخُمُورِهِمْ وَخَتَايِرِهِمْ مَا لَمْ يُظْهِرُوهَا، فَمَنْ أَرَأَى خُمُورَهُمْ، فَقَدْ تَعَدَّى، وَلَا ضَمَانَ (ح)، وَإِنْ غَضِبَ، فَعَلَيْهِ (و) مُؤَنَةُ الرَّدِّ، وَلَوْ تَرَأَفُوا إِلَيْنَا فِي خُصُومَاتِهِمْ، فَفِي وَجُوبِ الْحُكْمِ قَوْلَانِ^(٣)، وَيَجِبُ دَفْعُ الْكُفَّارِ عَنْهُمْ إِلَّا إِذَا انْفَرَدُوا بِبَلَدَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ، وَقَصَدُوا، فَفِي وَجُوبِ دَفْعِ الْكُفَّارِ عَنْهُمْ (و) قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا لَا يَجِبُ، فَإِنْ شَرَطْنَاهُ وَجَبَ (و)، وَإِنْ

(١) وقال أيضاً: «وأما العشر فلم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم». وروى الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن سالم عن أبيه، أن عمر بن الخطاب كان يأخذ من القبط من الحنطة والزيت نصف العشر يريد بذلك أن يكثر الحمل إلى المدينة، وكان يأخذ من القبطية العشر. [ت]

والحديث أخرجه مالك (٢٨١/١) كتاب الزكاة، باب عشور أهل الذمة، حديث (٤٦). وعنه الشافعي في «المسند» (٢٤١/١) كتاب الزكاة. باب فيما يجب أخذه من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ، حديث (٦٥٧). من طريق الزهري عن سالم عن أبيه أن عمر... فذكره وقال أيضاً: وروي أيضاً عن مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد قال كنت عاملاً مع عبدالله بن عتبة على سوق المدينة في زمان عمر رضي الله عنه فكان يأخذ من القبط العشر. [ت]

والحديث أخرجه مالك (٢٨١/١) كتاب الزكاة، باب عشور أهل الذمة، حديث (٤٧)، وعنه الشافعي في «المسند» (٢٤٢/١) كتاب الزكاة، باب فيما يجب أخذه من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ، حديث (٦٥٨). من طريق الزهري عن السائب بن يزيد به.

(٢) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «ولو تراءفوا إلينا في خصوماتهم، ففي وجوب الحكم قولان» هذا مذكور في النكاح بخلاف الجزية إذ تجب الإجابة إليها قد ذكره في الجزية حيث قال: ويجب عليه القبول إذا بذلوه إلا إذا خاف غائلتهم. [ت]

قُلْنَا: يَجِبُ، فَلَوْ شَرَطْنَا أَلَّا تَذُبَّ، صَحَّ الشَّرْطُ.

(أَمَّا حُكْمُهُ) عَلَيْهِمْ، فَخَمْسَةُ أُمُورٍ.

(الْأَوَّلُ فِي الْكَنَائِسِ)، فَإِنْ كَانُوا يَبْلُدُونَ بَنَاهَا الْمُسْلِمُونَ، فَلَا يُمَكِّنُونَ مِنْ بِنَاءِ كَنِيسَةٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ مَلَكَتَا رَقَبَةَ بَلَدَةٍ مِنْ بِلَادِهِمْ قَهْرًا، لَكِنْ لَوْ أَرَادَ الْإِمَامُ أَنْ يَقَرَّرَ كَنِيسَةً مِنَ الْكَنَائِسِ الْقَدِيمَةِ، وَتَقَرَّرَ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

وَالْأَصَحُّ وَجُوبُ نَقْضِ كَنَائِسِهِمْ.

أَمَّا إِذَا فُتِحَتْ بِالضَّلْحِ عَلَى أَنْ يَسْكُنُوهَا بِخَرَجٍ، وَرَقَبَةُ الْأَيُّمَةِ لِلْمُسْلِمِينَ، وَشَرَطُوا إِبْقَاءَ كَنِيسَةٍ، جَارٍ، وَإِنْ أَطْلَقُوا، فَفِي وَجُوبٍ ذَلِكَ؛ إِثْمَامًا لِمَا صَالَحَنَا عَلَيْهِ مِنَ التَّقْرِيرِ وَجْهَانِ، أَمَّا إِذَا فُتِحَتْ عَلَى أَنْ يَكُونَ رَقَبَةُ الْبَلَدِ لَهُمْ، وَعَلَيْهِمْ خَرَجٌ، فَهَذِهِ بِلَدَتُهُمْ، وَلَا تُنْقَضُ كَنَائِسُهُمْ، وَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُمْ لَا يُمْنَعُونَ مِنْ إِحْدَاثِ كَنِيسَةٍ؛ إِذْ يَجُوزُ لَهُمْ فِيهَا إِظْهَارُ الْخَمْرِ وَالنَّاقُوسِ وَغَيْرِهِ؛ وَحَيْثُ مَنَعْنَا مِنَ الْإِحْدَاثِ فَقَطُّ، فَلَا نَمْنَعُ مِنْ عِمَارَةِ الْقَدِيمَةِ؛ إِذَا اسْتَرْمَثَتْ، فَلَوْ أَنَّهُدَمَتْ، فَفِي جَوَازِ إِعَادَتِهَا وَجْهَانِ، وَفِي تَوْسِيعِ حُطَّتِهَا وَجْهَانِ، وَلَا يَلْزَمُهُمْ إِخْفَاءُ الْعِمَارَةِ، وَضَرْبُ النَّاقُوسِ يُمْنَعُ مِنْهُ؛ كَإِظْهَارِ الْخَمْرِ.

وَقِيلَ: هُوَ تَابِعٌ لِلْكَنِيسَةِ.

(الْوَاجِبُ الثَّانِي: تَرْكُ مَطَاوِلَةِ الْبُنْيَانِ)، فَلَا يُغْلِي بِنَاءُهُ عَلَى جَارِهِ الْمُسْلِمِ، وَإِنْ كَانَ دَارُ جَارِهِ فِي غَايَةِ الْأَنْخِفَاضِ، وَلَوْ سَاوَاهُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانُوا فِي مَوْضِعٍ مُتَفَرِّدٍ، فَلَا حَاجِرَ.

وَقِيلَ: يُمْنَعُ مِنَ التَّجَمُّلِ بِالرَّفْعِ.

وَلَوْ اشْتَرَى دَارًا مُرْتَفِعَةً، لَمْ يُمْنَعُ، وَلَمْ تُهْدَمْ بِحَالٍ.

(الثَّلَاثُ): يُمْنَعُونَ (و) مِنْ رُكُوبِ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ النَّفِيسَةِ^(١)، وَلَا يُمْنَعُ (و) مِنَ الْجِمَارِ، وَلَيْكُنْ رِكَابُهُ مِنَ الْخَشَبِ، وَيُمْنَعُونَ مِنْ جَادَةِ الطَّرِيقِ، وَيُضْطَرُّونَ إِلَى الْمَضِيقِ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الطَّرِيقُ خَالِيًا.

(الرَّابِعُ): يَلْزَمُهُمُ الْغِيَارُ، وَكَذَا الْمَرْأَةُ (و)، وَكَذَا فِي الْحَمَامِ، وَكُلُّ ذَلِكَ وَاجِبٌ، أَوْ مُسْتَحَبٌّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا تَرْكُ الْكَنِيسَةِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا، فَوَاجِبٌ.

(الخَامِسُ): الْأَنْفِيَادُ لِلْحُكْمِ إِذَا زَنَى (و) بِمُسْلِمَةٍ، أَوْ سَرَقَ (و) مَالَ مُسْلِمٍ.

(أَمَّا مَا لَا يَتَعَلَّقُ بِمُسْلِمٍ)، فَإِنْ تَرَاغَبُوا إِلَيْنَا، فَضَيْنَا، وَإِلَّا فَلَا، وَعَلَيْهِمْ أَيْضًا كَفُّ اللَّسَانِ، فَإِنْ أَظْهَرُوا الْخَمْرَ، وَالنَّاقُوسَ، وَمُعْتَقَدُهُمْ فِي الْمَسِيحِ، وَغَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا لَا ضَرَرَ عَلَى مُسْلِمٍ، عَزَّزْنَاهُمْ، وَلَا يُنْتَقَضُ بِهِ الْعَهْدُ.

(١) قال الرافي «يمنعون من ركوب الخيل والبغال النفيسة» هذا وجه، والظاهر أنه لا منع من ركوب البغال.

[ت]

وَأَمَّا يُنْتَفَضُ الْعَهْدُ بِالْقِتَالِ، وَالْحَقُّ (و) بِهِ مَنَعُ الْجِزْيَةِ، وَالْتِمُذُ عَنِ الْأَحْكَامِ.

(أَمَّا) الزَّنَا بِالْمُسْلِمَةِ وَالتَّطَلُّعُ عَلَى عَوَزَاتِ الْمُسْلِمِينَ وَدَعْوَةُ الْمُسْلِمِينَ إِلَى دِينِهِمْ، فَفِي هَذِهِ الثَّلَاثَةِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي الثَّلَاثِ؛ أَنَّهُ يُنْتَفَضُ، إِنْ شَرِطَ الْإِنْتِفَاضُ فِي عَهْدِهِ.

(وَأَمَّا) قَطْعُ الطَّرِيقِ وَالْقَتْلُ الْمُوجِبُ لِلْقَصَاصِ، فَمِنْهُمْ مَنْ أَلْحَقَهُ بِالزَّنَا، وَمِنْهُمْ مَنْ أَلْحَقَهُ بِالْقِتَالِ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ فِي (ح م) تَعَرُّضِهِمْ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالسَّبِّ وَمَا يُخَالِفُ مُعْتَقَدَنَا^(١)، ثُمَّ حُكْمُ انْتِفَاضِ الْعَهْدِ بِالْقِتَالِ الْإِغْتِيَالِ، وَفِيمَا عَدَاهُ قَوْلَانِ.

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَا يُغْتَالُ، لَكِنْ يُلْحَقُ بِالْمَأْمَنِ، وَلَوْ تَبَذَّنَا إِلَيْهِ الْعَهْدُ أَيْضًا، لَا يُغْتَالُ، وَيُلْحَقُ بِالْمَأْمَنِ، وَأَمَّا الْمُسْلِمُ، فَهُوَ إِنْ كَذَّبَ عَلَى الرَّسُولِ، عَزَّرَ، وَإِنْ كَذَّبَ الرَّسُولَ، فَهُوَ مُرْتَدٌّ، وَإِنْ نَسَبَ نَبِيًّا إِلَى الزَّنَا، فَهُوَ مُرْتَدٌّ، فَإِنْ أَسْلَمَ لَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ.

وَقِيلَ: يُقْتَلُ لِلْقَذْفِ حَدًّا.

وَقِيلَ: يُجْلَدُ ثَمَانِينَ حَدًّا.

(الْعَقْدُ الثَّانِي: الْمُهَادَنَةُ)، وَالنَّظَرُ فِي شُرُوطِهِ وَأَحْكَامِهِ:

(أَمَّا الشُّرُوطُ)، فَأَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ): أَلَّا يَتَوَلَّاهُ إِلَّا الْإِمَامُ، لِأَنَّهُ تَزَكُّ قِتَالُ مَعَ جَمْعٍ مِنْ غَيْرِ مَالٍ.

(الثَّانِي): أَنْ يَكُونَ لِلْمُسْلِمِينَ [إِلَيْهِ]^(٢) حَاجَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاجَةٌ، وَلَا مَضَرَّةٌ، وَطَلَبُوا ذَلِكَ، لَمْ تَجِبْ (و) الْإِجَابَةُ، بَلْ يُنْظَرُ إِلَى الْأَصْلَحِ؛ بِخِلَافِ الْجِزْيَةِ؛ إِذْ تَجِبُ (و) الْإِجَابَةُ إِلَيْهَا.

(الثَّلَاثُ): أَنْ تَخْلُوَ عَنْ شَرْطٍ فَاسِدٍ؛ كَشَرْطِ تَزَكُّ مُسْلِمٍ فِي أَيْدِيهِمْ أَوْ مَالِ مُسْلِمٍ فِي أَيْدِيهِمْ، وَكَذَا لَوْ أَلْتَزَمَ مَالًا، فَهُوَ فَاسِدٌ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ الْخَوْفُ.

(الرَّابِعُ): الْمُدَّةُ فَلَا تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَجُوزُ فِيمَا دُونَ السَّنَةِ؛ لِأَنَّ السَّنَةَ مُدَّةُ الْجِزْيَةِ، فَلَا يُسَامَحُ إِلَّا بِمَالٍ، وَإِنْ كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ ضَعْفٌ، جَازَ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ، وَلَا يَزَادُ عَلَيْهِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، فَإِنْ أَطْلَقَ الْمُهَادَنَةُ، فَسَدَتْ.

وَقِيلَ: يَنْزِلُ عِنْدَ الضَّعْفِ عَلَى عَشْرِ سِنِينَ، وَعِنْدَ الْقُوَّةِ يَنْزِلُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَعَلَى مَا يُقَارِبُ السَّنَةَ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَلَوْ صَرَّحَ بِالزِّيَادَةِ، لَغَتِ الزِّيَادَةُ، وَفِي صِحَّتِهِ فِي الْبَاقِي قَوْلَا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، ثُمَّ حُكْمُ الْفَاسِدِ

(١) فِي أ، ب مَعْتَقِدِهِمْ.

(٢) سَقَطَ مِنْ ب.

أَلَا يُغْتَالُ إِلَّا بَعْدَ الْإِنْذَارِ، وَالصَّحِيحُ يَجِبُ الْوَفَاءُ فِيهِ بِالْمَشْرُوطِ إِلَى آخِرِ الْمُدَّةِ، أَوْ إِلَى أَنْ يَصْدُرَ مِنْهُ جِنَايَةٌ، وَعَلِمُوهَا، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهُ جِنَايَةٌ، فَيُنْذَرُ وَلَا يُغْتَالُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ اسْتَشْعَرَ الْإِمَامُ جِنَايَةَ، جَازَ (و) لَهُ أَنْ يَنْبِذَ الْعَهْدَ إِلَيْهِمْ، وَيُنْذِرَهُمْ، وَلَا يَجُوزُ (و) نَبْذُ الْجَزِيَةِ بِمَجَرَّدِ التُّهْمَةِ.

وَلَوْ زَالَ خَوْفُ الْمُسْلِمِينَ، وَجَبَ الْوَفَاءُ بِالْمَشْرُوطِ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهَا)، وَهُوَ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ الصَّحِيحِ، وَالْعَادَةُ أَنْ يُشْتَرَطَ رَدُّ مَنْ جَاءَنَا مِنْهُمْ عَلَيْهِمْ؛ وَذَلِكَ جَائِزٌ، إِلَّا فِي الْمَرْأَةِ، إِذَا هَاجَرَتْ إِلَيْنَا مُسْلِمَةً، لَا يَحِلُّ رَدُّهَا، وَلَا يَصِحُّ شَرْطُ ذَلِكَ، وَعَزَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ^(١)، فَقِيلَ: كَانَ سَبَبُهُ؛ أَنَّهُ شَرَطَ رَدَّهِنَّ، ثُمَّ وَرَدَ النَّسَخُ.

وَقِيلَ: كَانَ سَبَبُهُ أَنَّهُ أَوْهَمَ بِالْمُؤْمَرِ رَدَّهِنَّ؛ فَعَلَى هَذَا، نَحْنُ أَيْضًا إِذَا أَوْهَمْنَا رَدَّهِنَّ، غُرْمْنَا لِزَوْجِهَا مَا بَدَلَ مِنَ الصَّدَاقِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ خَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا، وَإِنْ لَمْ يَنْبُذْ شَيْئًا، فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ أَخَذَتِ الصَّدَاقَ، فَوَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ، فَقَوْلَانِ، وَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ بَعْدَ انْقِضَاءِ النِّكَاحِ، فَطُلِبَ مِنْهُ مَهْرُ

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَعَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الصَّدَاقَ إِلَى آخِرِهِ» رَوَى الْبُخَارِيُّ عَنْ أَبِي حُدَيْفَةَ عَنْ سَفْيَانَ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ عَنْ الْبَرَاءِ قَالَ: صَلَّحَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الْمَشْرِكِينَ يَوْمَ الْحُدَيْيَةِ عَلَى أَنْ مِنْ أَنَاةٍ مِنَ الْمَشْرِكِينَ رَدَّهُ إِلَيْهِمْ، وَكَانَ يَرِدُ مِنْ جَاءِهِ مِنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا، فَجَاءَتْهُ أُمُ كُلْثُومَ بِنْتُ عَثْبَةَ بْنِ أَبِي مُعَيْطٍ فَلَمْ يَرُدَّهَا، وَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ﴾ [الْمَمْتَحَنَةُ: ١٠] وَأَنْزَلَ فِي غَرَمِ الْمَهْرِ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَأَتَوْهُنَّ مَا أَنْفَقُوا﴾ [الْمَمْتَحَنَةُ آيَةُ ١٠] [ت].

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ تَعْلِيلًا (٣٥٨/٥ - ٣٥٩) كِتَابُ الصَّلَاحِ، بَابُ الصَّلَاحِ مَعَ الْمَشْرِكِينَ، رَقْمُ (٢٧٠٠) وَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ لَامٍ كُلْثُومَ إِنَّمَا جَاءَ ذِكْرُهَا فِي حَدِيثِ الْمَسُورِ بْنِ مَخْرَمَةَ وَمُرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٥١٩/٧) كِتَابُ الْمَغَازِي، بَابُ غَزْوَةِ الْحُدَيْيَةِ. حَدِيثُ (٤١٨٠، ٤١٨١). وَالْبَيْهَقِيُّ (١٧٠/٧ - ١٧١) كِتَابُ النِّكَاحِ بَابُ مَا جَاءَ فِي تَحْرِيمِ حُرَاثِ أَهْلِ الشَّرْكِ، مِنْ طَرِيقِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ سَمِعَ الْمَسُورَ بْنَ مَخْرَمَةَ وَمُرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ يَخْبِرَانِ خَبْرًا مِنْ خَبَرِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي عَمْرَةِ الْحُدَيْيَةِ فَكَانَ فِيمَا أَخْبِرْنِي عُرْوَةُ عَنْهُمَا أَنَّهُ «لَمَّا كَاتَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَهِيلَ بْنَ عَمْرِو بْنِ الْحُدَيْيَةِ عَلَى قَضِيَةِ الْمُدَّةِ وَكَانَ فِيمَا اشْتَرَطَ سَهِيلُ بْنُ عَمْرِو بْنِ عَمْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَأْتِيكَ مِنْ أَحَدٍ وَإِنْ كَانَ عَلَى دِينِكَ إِلَّا رَدَدْتَهُ إِلَيْنَا وَخَلَيْتَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ وَأَبَى سَهِيلُ أَنْ يَقَاضِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَّا عَلَى ذَلِكَ فَكَرِهَ الْمُؤْمِنُونَ ذَلِكَ وَامْعَضُوا فَتَكَلَّمُوا فِيهِ فَلَمَّا أَبَى سَهِيلُ أَنْ يَقَاضِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَّا عَلَى ذَلِكَ كَاتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَدَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَبَا جَنْدَلُ بْنُ سَهِيلٍ يَوْمَئِذٍ إِلَى أَبِيهِ سَهِيلِ بْنِ عَمْرِو بْنِ يَاسِرٍ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَحَدٌ مِنَ الرِّجَالِ إِلَّا رَدَّهُ الْمُدَّةَ وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا وَجَاءَتْ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ فَكَانَتْ أُمُ كُلْثُومَ بِنْتُ عَقْبَةَ بْنِ أَبِي مُعَيْطٍ مِمَّنْ خَرَجَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهِيَ عَاتِقُ فَجَاءَ أَهْلُهَا يَسْأَلُونَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَرْجِعَهَا إِلَيْهِمْ حَتَّى أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْمُؤْمِنَاتِ مَا أَنْزَلَ.

وَالْحَدِيثُ ذَكَرَهُ السَّيُوطِيُّ فِي «الدَّرِّ الْمَثُورِ» (٣٠٦/٦) وَزَادَ نَسْبَتَهُ إِلَى أَبِي دَاوُدَ فِي نَاسَخِهِ.

الْمَسِيْسِ، فَهَلْ يُعْرَمُ لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ لَيْسَ أَهْلًا لِطَلْبِهَا عِنْدَ الْغَرَامَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَعَلَى الْجُمْلَةِ؛ إِنَّمَا يُعْرَمُ لِلزَّوْجِ، إِذَا جَاءَ لِطَلْبِهَا، وَإِنْ جَاءَ أَبُوْهَا لِطَلْبِهَا، لَمْ تُعْرَمْ شَيْئًا.

وَلَوْ دَخَلَتْ كَافِرَةً، رَدَدَتَاهَا، فَإِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ، غُرِمَتْ (و) لِزَوْجِهَا، وَإِنْ أَرْتَدَّتْ، فَلَا نَرُدُّهَا، وَلَمْ يَجِبِ الْغُرْمُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِطُلَّانِ تَقْوَمِ بُضْعُهَا، وَلَوْ جَاءَتْ مَجْنُونَةً، لَا نَرُدُّهَا؛ لِاحْتِمَالِ الْإِسْلَامِ قَبْلَ الْجُنُونِ، وَلَا يُعْرَمُ.

وَالصَّيِّئَةُ (و) إِذَا وَصَفَتْ الْإِسْلَامَ، فَلَا نَرُدُّهَا، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَصِحُّ إِسْلَامُهَا، وَتُعْرَمُ^(١) [عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ]^(٢).

وَالرَّيْقَةُ لَا تُرَدُّ، وَتُعْرَمُ لِسَيِّدِهَا، إِذَا جَاءَ يَطْلُبُهَا فِيمَتَّهَا، لَا مَا اشْتَرَى بِهِ، وَلَوْ كَانَتْ مُرْوَجَةً (و)، وَجَاءَ السَّيِّدُ وَالزَّوْجُ، غُرِمْنَا الْقِيَمَةُ وَالْمَهْرُ، وَإِنْ جَاءَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَلْزَمْنَا شَيْءٌ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَزِمْنَا حَقَّ الطَّالِبِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَعَلَى وَجْهِ ثَالِثٍ تَجِبُ لِلْسَّيِّدِ الْقِيَمَةُ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْيَدِ وَخَدَهُ دُونَ الزَّوْجِ.

وَلَوْ قُتِلَتْ قَبْلَ الطَّلَبِ، أَوْ مَاتَتْ، فَلَا غُرْمَ، وَإِنْ قُتِلَتْ بَعْدَ الطَّلَبِ، وَجِبَ الْغُرْمُ عَلَى الْقَاتِلِ مَعَ الْقِصَاصِ.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ، وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ، فَالْنِّصُّ أَنَّهُ لَا غُرْمَ لِلزَّوْجِ، إِنْ لَمْ يُرَاجِعْ وَفِي وَجُوبِ رَدِّ الْعَبْدِ وَالْحُرِّ الَّذِي لَا عَشِيرَةَ لَهُ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ، فَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ الرُّدُّ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشْتَرَطَ كَفُّ [الْأَذَى]^(٣) فِي الْمُهَادَنَةِ، وَالْحُرُّ إِذَا لَمْ يُطْلَبْ، لَا يَجِبُ رَدُّهُ، وَإِذَا طُلِبَ، رُدَّ، وَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَلَى الطَّالِبِ، وَأَنْ يَقْتُلَهُ (و)، إِذَا لَمْ يَخْرِ مَعَهُ شَرْطٌ، وَلَكِنَّا أَنْ نَعْرِفَهُ جَوَازَ ذَلِكَ بِالتَّعْرِيصِ لَا بِالتَّصْرِيحِ، وَلَوْ شَرَطْنَا أَنَّ مَنْ جَاءَهُمْ مِنَّا، فَلَا يَرُدُّونَ، وَفَيْنَا (و) بِالشَّرْطِ، إِلَّا فِي الْمَرْأَةِ، فَإِنَّا نَسْتَرُدُّهَا (و)، وَإِنْ كَانَتْ مُرْتَدَّةً، فَإِنْ تَعَدَّرَ، غُرِمْنَا لِزَوْجِهَا الْمُسْلِمِ مَا أَنْفَقَ مِنْ صَدَاقِهَا، فَإِنْ جَاءَتْنَا وَاحِدَةً مِنْهُمْ، صَرَفْنَا صَدَاقَهَا إِلَى زَوْجِ الْمُرْتَدَّةِ، إِنْ تَسَاوَى الْقَدْرَانِ، وَإِلَّا جَبَزْنَا التَّقْصَانَ أَوْ الزِّيَادَةَ، وَقُلْنَا: وَاحِدَةٌ بِوَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ جَمِيعَهُمْ كَالشَّخْصِ الْوَاحِدِ.

(١) قال الرافعي: «وإن قلنا: لا يصح إسلامها وتغرم» هذا وجه، والأظهر أنا لا نغرم في الحال كما لو كانت مجنونة، فإن بلغت ووصفت الإسلام فحينئذ تغرم. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) في ط: الأدمي.

كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ

وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْنِ:

(الْأَوَّلُ): فِي سَبَبِ حِلِّ الذَّبِيحَةِ، وَلِلذَّبْحِ أَرْبَعَةُ أَرْكَانٍ:

(الْأَوَّلُ): الذَّبَائِحُ، وَهُوَ كُلُّ مُسْلِمٍ أَوْ كِتَابِيٍّ عَاقِلٍ، وَلَا تَحِلُّ ذَبِيحَةُ الْمَجُوسِيِّ وَالْوَثْنِيِّ، أَمَّا الْمُتَوَلَّدُ بَيْنَ الْكِتَابِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ، فَقَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا التَّخْرِيمُ، وَالْآخَرُ: النَّظَرُ إِلَى الْأَب.

وَتَحِلُّ ذَبِيحَةُ الْأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ، وَلَوْ أَشْتَرَكَ مُسْلِمٌ وَمَجُوسِيٌّ فِي الذَّبْحِ، حَرَمٌ؛ وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَا سَهْمَيْنِ أَوْ كَلْبَيْنِ إِلَى الصَّيْدِ [حَرَمٌ]^(١)، وَلَوْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا، وَصَيَّرَهُ إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، فَالْحُكْمُ لَهُ، وَلَوْ رَدَّ كَلْبُ الْمَجُوسِيِّ الصَّيْدَ عَلَى كَلْبِ الْمُسْلِمِ، فَأَفْتَرَسَهُ، حَلٌّ (ح)، وَلَوْ أَنْخَنَهُ كَلْبُ الْمُسْلِمِ، فَأَذْرَكَهُ كَلْبُ الْمَجُوسِيِّ، وَقَتَلَهُ، فَهُوَ مَيْتَةٌ، وَيَضُمُّهُ الْمَجُوسِيُّ لِلْمُسْلِمِ، وَلَا تَحِلُّ ذَبِيحَةُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ، عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ وَتَحِلُّ (و) ذَبِيحَةُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَالْأَعْمَى، وَفِي أَصْطِحْيَاةِ بِالرَّمْيِ وَالْكَلْبِ وَجَهَانٍ؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُهُ قَصْدُ عَيْنِ الصَّيْدِ.

(الرُّوْحُنُ الثَّانِي: الذَّبْحُ)، وَلَا بُدَّ مِنَ الذَّبْحِ فِي كُلِّ حَيَوَانٍ لَا تَحِلُّ مَيْتَتُهُ، وَتَحِلُّ (و) أَيْتِلَاعُ السَّمَكَةِ، وَيَتَعَيَّنُ الْحَلْقُ وَاللَّبَّةُ فِي الذَّبْحِ، إِلَّا فِي الصَّيْدِ، وَالْحَيَوَانُ الْإِنْسِي، إِنْ تَوَحَّشَ، فَهُوَ كَالصَّيْدِ (م)، وَالْبَعِيرُ إِنْ تَرَدَّى فِي الْبُيْرِ، جَازَ الطَّعْنُ فِي خَاصِرَتِهِ، وَلَوْ شَرَدَ الْبَعِيرُ، وَجَبَ الصَّبْرُ إِلَى الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يُؤَدِّيَ طَلَبُهُ إِلَى مَهْلَكَةٍ، فَيَكُونُ كَالصَّيْدِ، وَإِنْ كَانَ يُؤَدِّي إِلَى مَوْضِعٍ لُصُوصٍ وَغُصَّابٍ، فَوَجْهَانٍ، وَلَوْ جَرَحَ الصَّيْدُ بِسَهْمٍ، أَوْ جَرَحَهُ الْكَلْبُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدُوَ إِلَيْهِ^(٢)، فَإِنْ بَقِيَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ ذَبِيحَةٌ، فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّى مَاتَ، فَحَرَامٌ، وَلَا يُغْدَرُ بِأَلَّا يَكُونَ مَعَهُ مُدْيَةٌ، أَوْ سَقَطَ مِنْهُ، أَوْ نَشَبَ (و) فِي الْغَمْدِ، أَوْ غُصِبَ (و) مِنْهُ، وَإِنَّمَا يَبَاحُ إِذَا أَذْرَكَهُ مَيْتًا أَوْ فِي حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، وَلَوْ قَدْ صَبَدَا بِنِصْفَيْنِ، فَالْنِصْفَانِ حَلَالٌ، وَإِنْ أَبَانَ غُضُوًّا بِجُرْحٍ مُذَقَّفٍ، فَالْغُضُوُّ حَلَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُذَقَّفًا، فَذَبْحُ الصَّيْدِ، أَوْ مَاتَ بِجُرْحٍ مُذَقَّفٍ، فَالْغُضُوُّ حَرَامٌ، وَإِنْ مَاتَ بِذَلِكَ الْجُرْحِ، فَوَجْهَانٍ.

(الرُّوْحُنُ الثَّالِثُ): الْآلَةُ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ:

(الْأَوَّلُ): جَوَارِحُ الْأَسْلِحَةِ، وَبِجُورُ رَمْيِ الصَّيْدِ وَالذَّبْحِ بِجَمِيعِهِمَا إِلَّا السِّنَّ وَالظُّفْرَ؛ فَيَحْرُمُ الذَّبْحُ بِهِ، مُتَّصِلًا كَانَ أَوْ مُنْفَصِلًا (ح).

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافي: «ولو جرح الصيد بسهم أو جرحه الكلب فعليه أن يعدو إليه» هذا وجه والأظهر أنه لا يجب

العدو، بل يكفي بالمشي كما في السعي إلى الجمعة، وإن عرف التحريم بالجمعة بإمارة. [ت]

(الثاني: الْمُثَقَّلَاتُ)، وَالَّذِي مَاتَ بِهِ حَرَامٌ؛ كَمَا لَوْ رَمَى بِثُنْدَقَةٍ أَوْ الْقَاهُ فِي بَيْتٍ، فَأَنْصَدَمَ، أَوْ أَنْخَنَقَ بِالْأُخْبُولَةِ، فَلَا بُدَّ مِنْ جَارِحٍ، وَلَوْ مَاتَ تَحْتَ الْكَلْبِ غَمًّا، فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ مَاتَ بِسَهْمٍ وَثُنْدَقَةٍ أَوْ أَنْصَدَمَ بِالْأَرْضِ، أَوْ تَدَاهَوَى مِنْ جَبَلٍ، أَوْ وَقُوعٍ فِي مَاءٍ، أَوْ أَنْصَدَمَ بِأَغْصَانِ الشَّجَرَةِ، فَهُوَ حَرَامٌ، بَلْ لَا يُغْنَى إِلَّا عَنِ الْأَنْصِدَامِ بِالْأَرْضِ، فَإِنَّ ذَلِكَ بَعْدَ الْجُرْحِ لَا يَخْرُومُ لِلضَّرُورَةِ، وَلَا يَكْفِي كَسْرُ الْجَنَاحِ، مَعَ الْأَنْصِدَامِ بِالْأَرْضِ.

(الثالث: جَوَارِحُ الْحَيَوَانِ)، وَالْكَلْبُ الْمُعْلَمُ كَالَّةِ الدَّابِحِ، فَتَحِلُّ فَرِيستُهُ، وَالْمُعْلَمُ هُوَ الَّذِي يَنْزَجِرُ بِزَجَرِ صَاحِبِهِ، وَيَسْتَرْسِلُ بِإِزَالِهِ، وَلَا يَأْكُلُ (و) مِنْ فَرِيستِهِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْزَجَارُهُ بِزَجَرِهِ بَعْدَ أَشْتِدَادِ عَذْوِهِ بِإِزَالِهِ وَحْدَتِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَيَتَكَوَّنُ مِنْهُ تَرْكُ الْأَكْلِ مَرَارًا (و)؛ حَتَّى يَظْهَرَ بِهِ تَعَلُّمُهُ، فَإِنْ أَكَلَ الْمُعْلَمُ نَادِرًا، لَمْ تَخْرُومَ تِلْكَ الْفَرِيستَةُ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، فَإِنْ اعْتَادَ الْأَكْلَ، حُرِّمَتِ الْفَرِيستَةُ الَّتِي بِهَا ظَهَرَتْ عَادَتُهُ، وَهَلْ يَخْرُومُ مَا أَكَلَ مِنْهَا قَبْلَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَعَقُ الدَّمِ لَيْسَ (و) كَالْأَكْلِ، وَمَوْضِعُ عَضِّ الْكَلْبِ يُغْسَلُ سَبْعًا، وَيُعْفَرُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَقْوَرُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيُغْفَى عَنْهُ؛ عَلَى وَجْهِهِ.

وَفَرِيستَةُ الْفَهْدِ وَالنَّمْرِ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَدَّبُ بِتَرْكِ الْأَكْلِ^(١)، وَالْبَازِي أَيْضًا لَا يَتَرَكُ الْأَكْلَ، وَلَكِنْ إِنْ صَارَ مُعْلَمًا، فَفِي فَرِيستِهِ وَجْهَانِ^(٢)؛ لِأَنَّ جِنْسَ الطَّيْرِ لَا بُدَّ لَهَا مِنْ جَارِحَةٍ، وَتَعْلِيمُ جَوَارِحِ الطَّيْرِ بِتَرْكِ الْأَكْلِ مُتَعَدَّرٌ؛ فَإِنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الضَّرْبَ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ) نَفْسُ الذَّنْبِ وَالْأَضْطِإَادِ، وَالذَّنْبُ سَيِّئَاتِي فِي «الضَّحَايَا»، وَأَمَّا الْأَضْطِإَادُ، فَهُوَ إِمَاتَةُ الصَّيْدِ بِآلَةٍ، وَهُوَ كُلُّ جَزْحٍ مَقْصُودٍ حَصَلَ بِهِ الْمَوْتُ، وَلِلْقَصْدِ ثَلَاثُ دَرَجَاتٍ:

(الأولى) أَضْلُ الْفِعْلِ، وَلَا بُدَّ مِنْهُ، فَلَوْ سَقَطَ السِّيفُ مِنْ يَدِهِ، فَأَنْجَرَ بِهِ صَيْدًا، أَوْ نَصَبَ مِنْجَلًا فِي الشَّبَكَةِ، أَوْ سَكَّنَا فِي الْبُتْرِ، فَتَعَقَّرَ بِهِ الصَّيْدُ، فَحَرَامٌ (ح و)، وَلَوْ حَصَلَ قَطْعُ الْخَلْقِ بِحَرَكَةِ الْيَدِ، وَحَرَكَةِ الْحَيَوَانِ، فَحَرَامٌ؛ وَكَذَا فَرِيستَةُ الْكَلْبِ الْمُسْتَرْسِلِ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ أَغْرَاهُ، فَأَرَادَ عَذْوًا يَحِلُّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ حَوَالَةَ عَلَى الْإِغْرَاءِ، حَتَّى لَوْ صَدَرَ مِنْ مَجُوسِيٍّ لِكَلْبٍ مُسْلِمٍ، حَرَمٌ، أَوْ مِنْ مُسْلِمٍ لِكَلْبٍ مَجُوسِيٍّ، حَلٌّ، أَوْ مِنْ غَاصِبٍ مَلَكُهُ الْغَاصِبُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَفِي الصَّيْدِ بِالْكَلْبِ الْمَغْضُوبِ وَجْهَانِ^(٣).

(١) قال الرافعي: «وفريسة الفهد والنمر حرام؛ لأنه لا يتأدب بترك الأكل» مفهومه أن ما يقتله الفهد والنمر من الصيد حرام؛ لأنه لا يصير معلماً؛ لأن أحد أركان التعلم ترك الأكل، وهو لا يترك الأكل وقد ذكر الإمام نحواً منه، لكن الذي نص عليه الشافعي والأصحاب حل ما قتله الفهد والنمر كحل ما قتله الكلب، فإن اتفق تعلم الفهد ونحوه بترك الأكل على ندور فهو كالكلب بلا خلاف، والبازي أيضاً لا يترك الأكل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «لكن إن صار معلماً ففي فريسته وجهان» المشهور في اشتراط ترك الأكل في الطيور قولان. [ت]

وقال أيضاً: «ولكن إن صار معلماً ففي فريسته وجهان» لو قال: في فريسته ولم يقل: صار معلماً لم يضر. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ففي الصيد بالكلب المغضوب وجهان» المسألة مذكورة في «الغضب»، لكنه لم يذكر هناك =

أَصْعُوهُمَا: أَنَّهُ لِلْغَاصِبِ.

وَلَوْ رَمَى سَهْمًا يَقْصُرُ عَنِ الصَّيْدِ، وَأَعَانَ الرِّيْحُ؛ حَتَّى أَصَابَ، حَلَّ، وَلَوْ أَنْصَدَمَ بِحَائِطٍ، فَأَصَابَ، فَوَجَّهَانِ، وَلَوْ قَصَدَ الرَّمْيَ، فَأَنْقَطَعَ الْوَتْرُ، فَأَزْتَمَى السَّهْمُ فَوَجَّهَانِ.

(الثَّانِيَةُ: قَصَدُ جِنْسِ الْحَيَوَانِ)، فَلَوْ رَمَى سَهْمًا فِي خَلْوَةٍ، وَهُوَ لَا يَزْجُو صَيْدًا، فَأَلْفَقَ، حَرُمٌ؛ وَكَذَا لَوْ أَجَالَ سَيْفَهُ، فَأَصَابَ حَلْقَ شَاةٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ نَيْتُهُ الدَّبْحُ؛ إِذْ لَوْ قَطَعَ مَا ظَنَّهُ نَوْبًا؛ فَإِذَا هُوَ حَلَقٌ شَاةٍ، حَلَّ، وَلَوْ ظَنَّهُ حَلْقَ آدَمِيٍّ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ، وَلَوْ ظَنَّ حَلْقَ خَنْزِيرٍ، فَوَجَّهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجِلِّ.

(الثَّالِثَةُ: قَصَدُ عَيْنِ الْحَيَوَانِ)، فَلَوْ رَمَى بِاللَّيْلِ إِلَى حَيْثُ لَا يَرَاهُ، وَلَكِنْ قَالَ: رُبَّمَا أُصِيبَ صَيْدًا فَأَصَابَ، فَبِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ؛ يُفْرَقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي مِظَنَّةِ التَّوَقُّعِ، أَوْ لَا يَكُونَ، فَيَعْدُ عَيْنًا، وَلَوْ قَصَدَ سِزْبًا مِنَ الطَّبَا، فَأَصَابَ وَاحِدًا حَلَّ، وَلَوْ قَصَدَ وَاحِدًا مِنْهُ، فَأَصَابَ آخَرَ، فَوَجَّهَانِ، فَإِنْ كَانَ الْمُصَابُ مِنْ غَيْرِ الشَّرْبِ، فَوَجَّهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْمَنْعِ، وَلَوْ قَصَدَ حَجَرًا، فَأَصَابَ طَبِيَّةً، فَوَجَّهَانِ، وَأَوَّلَى بِالتَّخْرِيمِ، وَلَوْ قَصَدَ خَنْزِيرًا، فَمَالَ إِلَى طَبِيَّةٍ، فَأَوَّلَى بِالتَّخْرِيمِ.

أَمَّا قَوْلُنَا: حَصَلَ الْمَوْتُ بِهِ، أَرَدْنَا أَنَّهُ لَوْ مَاتَ الْمَجْرُوحُ بِإِفْتِرَاسِ سَبْعٍ، أَوْ صَدَمَةٍ، لَمْ يَحِلَّ، فَإِنْ غَابَ عَنْهُ، وَأَذْرَكَ مَيْتًا، وَعَلَيْهِ أَثَرُ آخَرٍ، لَمْ يَحِلَّ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ أَثَرًا آخَرَ، فَقَوْلَانِ.

وَالْتَسْمِيَةُ مُسْتَحَبَّةٌ عِنْدَ الدَّبْحِ، وَعِنْدَ إِزْسَالِ الْكَلْبِ وَالسَّهْمِ، وَلَا تُشْتَرَطُ، وَهَلْ يَكْفِي لِلِاسْتِخْبَابِ التَّسْمِيَةُ عِنْدَ عَضِّ الْكَلْبِ؟ وَجَّهَانِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي): فِي أَشْبَابِ الْمَلِكِ، وَهُوَ فَضْلَانِ:

(الْأَوَّلُ فِي الْإِنْفِرَادِ) وَإِنَّمَا يُمْلِكُ الصَّيْدُ بِإِنطَالِ مَنَعَتِهِ أَوْ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ، أَوْ الْإِثْحَانِ، أَوْ الْوُقُوعِ فِيمَا نُصِبَ لِلصَّيْدِ، أَمَّا لَوْ تَوَحَّلَ بِمَزْرَعَتِهِ، أَوْ وَقَعَ فِي دَارِهِ أَوْ عَشَّشَ الطَّائِرُ فِي دَارِهِ لَمْ يُمْلِكْ بِمَجْرُودِهِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، لَكِنْ هُوَ أَوَّلَى مِنْ غَيْرِهِ؛ كَالْمُنَحْجَرِ، فَإِنْ أَخَذَ غَيْرُهُ مِنْ مِلْكِهِ، فَهُوَ كَمَنْ أَخْبَا مَا تَحَجَّرَهُ غَيْرُهُ، وَإِنْ قَصَدَ مِنْ بِنَاءِ الدَّارِ تَغْيِيشَ الطَّائِرِ، فَوَجَّهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَادُ، وَلَوْ وَقَعَتْ مِنْهُ الشُّبْكَةُ، فَتَعَلَّقَ بِهَا الصَّيْدُ، فَوَجَّهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْهُ وَإِنَّمَا الْمَلِكُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ الْقَصْدِ وَالْعَادَةِ، وَلَوْ أَضْطَرَّهُ إِلَى مَضِيْقٍ لَا مُخْلَصَ لَهُ عَنْهُ مَلَكُهُ، وَإِنْ أَضْطَرَّ السَّمَكَةَ إِلَى بَرْكَةٍ وَاسِعَةٍ فَهُوَ كَالْمَنْجَرِ، وَإِنْ كَانَتْ ضَيْقَةً مَلَكٌ، وَإِذَا مَلَكٌ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ بِالْإِفْلَاتِ، وَهَلْ يَخْرُجُ بِالتَّخْرِيمِ؟ فِيهِ وَجَّهَانِ، وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْ كِسْرَةِ خُبْزٍ فَهَلْ يَمْلِكُهُ مَنْ أَخَذَهُ؟ وَجَّهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوَّلَى بِأَنْ يَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ، وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْ جِلْدٍ مَيْتَةٍ فَدَبَّغَهُ غَيْرُهُ فَوَجَّهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوَّلَى بِأَنْ يَزُولَ مِلْكُهُ.

(فَرْعٌ): إِذَا اخْتَلَطَ حَمَامٌ بُرْجَ بِحَمَامٍ بُرْجٍ آخَرَ، وَعَسَرَ التَّمْيِيزُ، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بَيْنَ شَيْءٍ مِنَ ثَلَاثٍ، وَإِنْ بَاعَ مِنْ صَاحِبِهِ، جَارًا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِلْحَاجَةِ، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى بَيْعِ الْجَمِيعِ

مِنْ ثَالِثٍ، وَعَلَيْمَا مِقْدَارَ قِيَمَةِ الْمَلِكَيْنِ، أَوْ تَقَارًا عَلَى تَقْدِيرٍ؛ حَتَّى يُمَكِّنَ التَّوْزِيعُ، جَارَ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ اخْتَلَطَ حَمَامٌ مَمْلُوكٌ بِحَمَامِ بَلَدَةٍ لَا يَحْرُمُ الصَّيْدُ، إِذَا كَانَ الْمَمْلُوكُ مَخْصُورًا، فَلَوْ كَانَ غَيْرَ مَخْصُورٍ؛ كَحَمَامِ بَلَدَةٍ أُخْرَى، فَوَجْهَانِ.

(الفصل الثاني: في الاشتراك)، وَلَهُ أَحْوَالٌ:

(الأولى): أَنْ يَتَعَاقَبَ الْجُرْحَانِ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي مُدَقَّفًا، فَهُوَ لَهُ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَوَّلِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مُدَقَّفًا، فَهُوَ لَهُ، وَعَلَى الثَّانِي أَرْضُ الْجِرَاحَةِ؛ لِأَنَّهُ جُرْحٌ مِلْكٍ غَيْرِ، وَإِنْ أَزْمَنَ الْأَوَّلُ، وَدُقِفَ الثَّانِي، وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ، فَهِيَ مِثْنَةٌ، إِلَّا أَنْ يُصِيبَ الْمَذْبَحَ، وَإِنْ لَمْ يُصِيبِ الْمَذْبَحَ، فَهِيَ مِثْنَةٌ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الْأَوَّلِ، فَإِنْ لَمْ يُدَقَّفْ، وَمَاتَ بِالْجُرْحَيْنِ، فَفِي مِقْدَارِ الضَّمَانِ خِلَافٌ يَنْبِي عَلَى مَا لَوْ جَرَحَ عَبْدًا قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ، فَرَجَعَ إِلَى تِسْعَةٍ، فَجَرَحَهُ آخَرُ، فَمَاتَ مِنْهُمَا، فَلَوْ أَوْجَبْنَا عَلَى الثَّانِي نِصْفَ التَّسْعَةِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ نِصْفَ الْعَشْرَةِ، نَقَصَ الْمُبْلَغَانِ عَنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ فِي الْأَصْلِ، فَفِيهِ خَمْسَةٌ أَوْجُهُ:

فَعَلَى وَجْهِ لَا يَبَالِي بِهَذَا التَّقْصَانِ.

وَعَلَى وَجْهِ يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ خَمْسَةٌ (م).

وَعَلَى وَجْهِ يَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ خَمْسَةٌ وَنِصْفُ، وَعَلَى الثَّانِي خَمْسَةٌ.

وَعَلَى وَجْهِ يَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ أَحَدُ عَشَرَ جُزْءًا، مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ عَشْرَةٍ، وَعَلَى الثَّانِي عَشْرَةُ أَجْزَاءَ، مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ عَشْرَةٍ حَتَّى لَا يَزِيدَ عَلَى الْقِيَمَةِ، وَيَتَفَاوَتَ الشَّرِيكَانِ.

وَعَلَى الْوَجْهِ الْخَامِسِ لَا يُمَكِّنُ إِجَابُ زِيَادَةٍ عَلَى أَرْبَعٍ وَنِصْفٍ عَلَى الثَّانِي، وَالْبَاقِي إِلَى تَمَامِ الْعَشْرَةِ عَلَى الْأَوَّلِ، وَهُوَ الْأَقْرَبُ، وَلَا يَنْفَكُ وَجْهُ عَنْ بُعْدٍ، وَلَوْ كَانَتْ إِحْدَى الْجِرَاحَتَيْنِ مِنَ السَّيِّدِ، سَقَطَ مَا يُقَابِلُ جِرَاحَتَهُ، وَلَزِمَ الْبَاقِي عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَيُخْرَجُ عَلَى الْأَوْجِهِ الْخَمْسَةِ.

وَقِيلَ: مَسْأَلَةُ الصَّيْدِ كَمَسْأَلَةِ السَّيِّدِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مَالِكٌ.

وَقِيلَ: بَلْ يَجِبُ جَمِيعُ الْقِيَمَةِ عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ مَالِكٌ، وَالْمَالِكُ ذَابِحٌ، وَإِنَّمَا فَسَدَ بِجِنَايَةِ الثَّانِي، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَجَهُّ إِذَا كَانَ جَرَحُهُ بِحَيْثُ لَوْ مَاتَ بِهِ، يَحِلُّ، وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُمَكِّنِ الظُّفْرُ بِهِ، وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ.

(الحالة الثانية): أَنْ يُصِيبَا مَعًا، فَهُوَ لَهُمَا إِنْ تَسَاوَى جُرْحُهُمَا، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُزْمِنًا، أَوْ مُدَقَّفًا دُونَ الْآخَرِ، فَهُوَ لَهُ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْآخَرِ، وَإِنْ اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْإِزْمَانُ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا، فَهُوَ بَيْنَهُمَا، وَيُسْتَحَبُّ الِاسْتِخْلَالُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، لِلشُّبْهَةِ.

(الحالة الثالثة)^(١): لَوْ عَلِمْنَا أَنَّ أَحَدَهُمَا مُدَقَّفٌ، وَشَكَكْنَا فِي الْآخَرِ، فَالْتُّصِفُ مُسَلِّمٌ

لِلْمُذَقِّفِ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ مَوْقُوفٌ إِلَى التَّصَالُحِ.
 وَقِيلَ: إِنَّ الْكُلَّ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، أَمَّا إِذَا ذُقَّتْ أَحَدُهُمَا، وَأَزْمَنَ الْآخَرُ، وَلَمْ يُدَرْ السَّابِقُ، فَهُوَ
 حَرَامٌ؛ لِاخْتِمَالِ كَوْنِ التَّذْذِيفِ قَاتِلًا بَعْدَ الْإِزْمَانِ.
 وَقِيلَ هُوَ كَمَسْأَلَةِ الْإِنْمَاءِ^(١).

(الْحَالَةُ الرَّابِعَةُ)^(٢): وَلَوْ تَرْتَّبَ الْجُرْحَانِ، وَحَصَلَ الْإِزْمَانُ بِمَجْمُوعِهِمَا، فَهُوَ بَيْنَهُمَا.
 وَقِيلَ: إِنَّهُ لِلثَّانِي^(٣).

فَعَلَى هَذَا لَوْ عَادَ الْأَوَّلُ، وَجَرَحَهُ ثَانِيًا، فَجِرَاحَتُهُ الْأُولَى هَذَرٌ، وَهَذَا مَضْمُونٌ، فَإِنْ مَاتَ
 بِالْجِرَاحَاتِ الثَّلَاثِ، وَجَبَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الصَّيْدِ، وَفِيهِ جِرَاحَةُ الْهَذَرِ جِرَاحَةُ الْمَالِكِ^(٤).
 وَقِيلَ: عَلَيْهِ ثُلُثُ الْقِيَمَةِ.
 وَقِيلَ: رُبُعُ الْقِيَمَةِ.

(١) أن يموت الصيد بحيث لا يُدْرَى أَمَاتَ بِسَهْمِكَ أَوْ بِسَهْمِ غَيْرِكَ. ينظر: المصباح المنير (٦٢٦).

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «ولو ترتب الجرحان، وحصل الإزمان بمجموعهما فهو بينهما، وقيل: إنه للثاني» نظم
 الكتاب يشعر بترجيح الأول، والظاهر الثاني. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن مات بالجراحات الثلاث وجب عليه قيمة الصيد وفيه جراحته المهذرة وجراحة المالك
 إلى آخره» النظم يشعر بترجيح وجوب تمام القيمة والأظهر التوزيع. [ت]

كِتَابُ الضَّحَايَا

وَالضَّحِيَّةُ سَنَةٌ غَيْرُ وَاجِبَةٍ ^(١) [ح م]، إِلَّا إِذَا نَذَرَ، أَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً، وَمُجَرَّدُ الشَّرَاءِ بَيِّنَةُ الضَّحِيَّةِ لَا يَلْزُمُ [ح م]، وَالتَّنْظَرُ فِي أَحْكَامِهَا وَأَرْكَانِهَا:

(الْأَوَّلُ فِي الْأَرْكَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الدَّبِيحُ)، وَهُوَ النَّعَمُ فَقَطْ، وَلَا يُجْزَى مِنْ الضَّأْنِ إِلَّا الْيَئِي فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَمِنْ الْمَعَزِ إِلَّا الْيَئِي فِي الثَّالِثَةِ (و)؛ وَكَذَا مِنَ الْبَقَرِ، وَمِنْ الْإِبِلِ إِلَّا فِي السَّادِسَةِ، وَيُجْزَى الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى.

وَجُمْلَةٌ مِنَ الصِّفَاتِ تَمْنَعُ الْإِجْزَاءَ؛ فَلَا تُجْزَى الْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَفِي مَعْنَاهَا الْجَرْبَاءُ الْكَثِيرَةُ الْجَرْبِ دُونَ الْجَرْبِ الْيَسِيرِ ^(٢)، وَلَا الْعَرْجَاءُ الَّتِي يَمْتَنِعُ كَثْرَةُ تَرْدُدِهَا فِي الْمَرْعَى، إِلَّا أَنْ تَعْرِجَ، وَقَدْ أَضْجَعَتْ لِلتَّضْحِيَّةِ، فَبِهِ وَجْهَانِ.

وَلَا الْعَوْرَاءُ، وَإِنْ كَانَتْ (و) الْحَذَقَةُ بَاقِيَةً، وَلَا الْعَجَفَاءُ الَّتِي لَا نَقِيَّ لَهَا، وَلَا الْمَجْنُونَةُ الَّتِي تَسْتَدِيرُ فِي الْمَرْعَى، وَلَا تَرْعَى، وَلَا الْمَقْطُوعُ مُعْظَمُ أُذُنِهَا، أَوْ قَدَرُ مَا يَظْهَرُ مِنَ الْبُعْدِ، وَلَا الْيَئِي ^(٣) أَخَذَ الذُّبَّ مَقْدَاراً بَيِّنًا مِنْ فِخْذِهَا، أَمَّا الْمَقْطُوعَةُ قَدَرًا يَسِيرًا مِنْ أُذُنِهَا، أَوْ الْمَخْرُوقَةُ الْأُذُنِ، أَوْ الْمَشْقُوقَةُ، أَوْ الْمَقْطُوعُ جَمِيعُ ضَرْعِهَا، أَوْ الَّتِي أَقْتَلَعَ الذُّبَّ أَلْيَتَهَا فَبِهِ الْكُلَّ وَجْهَانِ، وَتُجْزَى (و) الْمَنْزُوعُ الْخُصِيَّةُ، وَالْمُنْكَسِرُ (م) الْفَرْقَنَ، وَالَّتِي لَا قَرْنَ لَهَا، وَالَّتِي تَنَازَرُ (و) جَمِيعُ أَسْنَانِهَا، وَالْفَخْلُ وَإِنْ كَثُرَ نَزْوَاتُهُ، وَالْأُنْثَى وَإِنْ كَثُرَتْ وَلَادَتُهَا، وَتُجْزَى الشَّاةُ عَنْ وَاحِدٍ، وَالْبَقَرُ وَالْإِبِلُ عَنْ سَبْعَةٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا (م) مِنْ أَهْلِ بَيْتٍ وَلَا جَمِيعُهُمْ مُضْحِينَ، وَيُجْزَى عَمَّنْ وَجَبَ عَلَيْهِ سَبْعُ شِيبَاةٍ بِأَسْنَابٍ مُخْتَلِفَةٍ إِلَّا فِي جَزَاءِ الصَّنِدِ، وَلَوْ أَشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي شَاتَيْنِ عَلَى الشُّيُوعِ فَبِهِ وَجْهَانِ، وَلَا يُجْزَى نِصْفُ شَاةٍ وَاحِدَةٍ.

(أَمَّا السَّنَةُ) فَلَا أَحَبَّ هُوَ الْأَسْمَنُ الْأَكْمَلُ، وَسَبْعُ مِنَ الْغَنَمِ أَحَبُّ (و) مِنَ الْبَقَرَةِ وَالْبَدَنَةِ، وَالْبَدَنَةُ أَحَبُّ مِنَ الْبَقَرَةِ، وَالْأَبْيَضُ أَحَبُّ مِنَ الْأَسْوَدِ، وَالنَّصْرُ أَنَّ الْأُنْثَى (ح) أَحَبُّ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ الَّتِي لَمْ تَلِدْ، وَإِلَّا فَلَحْمُ الذَّكَرِ أَطْيَبُ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْوَقْتُ) وَهُوَ يَوْمُ (ح) النَّخْرِ وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ، وَدِمَاءُ الْجُبُرَانَاتِ لَا وَقْتُ لَهَا ^(٤)،

(١) قال الرافعي: «والتضحية سنة غير واجبة» الجمع بين اللفظين للتأكيد. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي معناها الجرباء الكثيرة الجرب دون الجرب اليسير» هذا وجه اختاره الإمام، والذي أورده المعظم أن الجرب يمنع الاجزاء يسيراً كان أو كثيراً. [ت]

(٣) في ب الذي.

(٤) قال الرافعي: «ودماء الجبرانات لا وقت لها» أي لا تختص بوقت. قد ذكره مرة في الحج. [ت]

وَأَوَّلُ الْوَقْتِ بِاتِّقِضَاءِ وَقْتِ الْكَرَاهَةِ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ يَوْمَ الْعِيدِ وَبَعْدَ مِقْدَارِ خُطْبَتَيْنِ وَرَكَعَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ، وَقِيلَ: بَلْ طَوِيلَتَيْنِ عَلَى الْعَادَةِ، وَآخِرُهُ غُرُوبُ الشَّمْسِ آخِرَ ثَالِثِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، وَيُجْزَى بِاللَّيْلِ، [م] ^(١) وَفِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ مِنْ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الذَّابِحُ) وَمَنْ حَلَّ ذَبِيحَتَهُ صَحَّ مُبَاشَرَتُهُ لِلتَّضَحِّيَةِ، وَلَكِنْ لَوْ وَكَّلَ كِتَابِيًّا، فَلَيْنُو بِنَفْسِهِ، وَلَوْ وَكَّلَ مُسْلِمًا بِالتَّضَحِّيَةِ وَالنِّيَّةِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً، أَغْنَاهُ عَنْ تَجْدِيدِ النِّيَّةِ ^(٢) عِنْدَ الذَّبْحِ، وَلَا ضَحِيَّةَ (و) لِلرَّقِيقِ؛ إِذْ لَا مَلِكَ لَهُ، وَفِي الْمَكَاتِبِ إِنْ أَدَّنَ السَّيِّدُ خِلَافًا، وَلِيُبَاشِرَ الذَّبْحَ بِنَفْسِهِ، أَوْ لِيَشْهَدَ؛ فَهُوَ أَحَبُّ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الذَّبْحُ) وَهُوَ التَّذْنِيفُ يَقْطَعُ تَمَامَ الْخُلُقُومِ وَالْمَرِيءِ بِأَلَةٍ لَيْسَ بِعَظْمٍ (ح م) مِنْ حَيَوَانٍ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ، وَلَا يُشْتَرَطُ قَطْعُ الْأَوْدَاجِ [م] ^(٣)، وَلَوْ تَرَكَ جِلْدَةً يَسِيرَةً مِنَ الْخُلُقُومِ حَرُمَ، وَلَوْ قَطَعَ مِنَ الْفَقَا وَأَسْرَعَ حَتَّى انْفَطَعَ الْحَلْقُ قَبْلَ حَرَكََةِ الْمَذْبُوحِ، جَازَ، وَلَوْ رَمَى رَأْسَ عُصْفُورٍ بِسُنْدُوقَةٍ لَمْ يَحِلَّ، وَلَوْ نَزَعَ غَيْرَهُ مَعَ ذَبْحِهِ حَشَوَةَ الْحَيَوَانِ، حَرُمَ؛ إِذْ لَمْ يَنْفَرِدِ الذَّبْحُ بِالتَّذْنِيفِ، وَالْمُشْرِفُ عَلَى الْمَوْتِ إِنْ شَكَّكْنَا فِي أَنَّ حَرَكَتَهُ كَحَرَكََةِ الْمَذْبُوحِ أَوْ حَيَاتُهُ مُسْتَقَرَّةٌ، فَالْعَالِبُ التَّخْرِيمُ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ بِدَوَامِ الْحَرَكََةِ بَعْدَ الذَّبْحِ، وَأَنْفَجَارِ الدَّمِ، وَعَلَامَاتِ أُخْرَى جَازَ ذَبْحُهُ.

(أَمَّا الشُّنُّ) فَيُسْتَحَبُّ تَخْدِيدُ الشُّفْرَةِ؛ وَسُرْعَةُ الْقَطْعِ، وَتَوَجُّيْهِ الْمَذْبُوحِ إِلَى الْقِبْلَةِ، وَأَسْتِقْبَالُ الذَّابِحِ الْقِبْلَةَ، وَأَنْ يَقُولَ: بِسْمِ (ح) اللَّهِ، وَلَا يَقُولَ: بِسْمِ مُحَمَّدٍ، وَلَا يَقُولَ: بِسْمِ اللَّهِ وَمُحَمَّدٍ، وَلَوْ قَالَ: بِسْمِ اللَّهِ وَمُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ جَازَ، وَيُسْتَحَبُّ (م) ذَبْحُ الْبَعِيرِ فِي اللَّبَةِ لِلتَّسْهِيلِ، وَيَقُولُ فِي الضَّحِيَّةِ: اَللّٰهُمَّ إِنَّ هَذَا مِنْكَ وَإِلَيْكَ فَتَقَبَّلْ مِنِّي، وَيَتَوَيَّعُ عِنْدَ التَّضَحِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَيَّنَ الشَّاةَ، وَإِنَّمَا تَتَعَيَّنُ بِقَوْلِهِ: جَعَلْتُ هَذِهِ ضَحِيَّةً، وَلَوْ نَذَرَ ثُمَّ قَالَ: هَذِهِ عَنْ نَذْرِي، فَفِي التَّغْيِينِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ التَّضَحِّيَةُ بِهَذِهِ الشَّاةِ، فَفِي التَّغْيِينِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى أَنْ يَتَعَيَّنَ، وَلَوْ عَيَّنَ الدَّرَاهِمَ لِلصَّدَقَةِ، لَمْ تَتَعَيَّنْ، وَلَوْ نَذَرَ الضَّحِيَّةَ، فَفِي تَغْيِينٍ وَفَتْ الضَّحِيَّةَ خِلَافًا (و)، وَيُسْتَحَبُّ (ح م) لِلْمُضْحِي أَلَّا يَخْلُقَ، وَلَا يَقْلَمَ فِي عَشْرِ ذِي الْحِجَّةِ؛ تَكْمِيلًا لِلْأَجْرِ وَرَجَاءً لِلْعَتَقِ مِنَ النَّارِ فِيهَا.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي أَحْكَامِ الضَّحَايَا) وَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

(الْحُكْمُ الْأَوَّلُ): إِذَا قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً فَمَاتَتْ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ عَيَّنَهَا عَنْ نَذْرِ سَابِقٍ وَقَلْنَا: تَتَعَيَّنُ فَمَاتَتْ، فَفِي وَجُوبِ الْإِبْدَالِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَتْلَفَهَا أَجْنَبِيٌّ فَيَشْتَرِي بِقِيمَتِهَا أُخْرَى، فَإِنْ لَمْ تَفِ الْقِيَمَةُ بِشَاءٍ كَامِلَةٍ، اشْتَرَى بِهَا شِفْصًا لِلضَّرُورَةِ، وَعَلَى وَجْهِ يُضْرَفُ مَضْرَفٌ الضَّحَايَا، وَلَوْ أَتْلَفَ الْمَالِكُ وَنَقَصَتِ الْقِيَمَةُ، فَفِي وَجُوبِ التَّكْمِيلِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ زَادَتِ الْقِيَمَةُ،

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي: «ولو قال جعلت هذه الشاة ضحية أغناه عن تجديد النية»، هذا وجه والأقرب أنه لا يغنيه.

[ت]

(٣) سقط من ب.

اشْتَرَىٰ بِهَا كَرِيمَةً، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ، فَشَقَصَ آخَرَ عَلَىٰ وَجْهِهِ، وَعَلَىٰ وَجْهِهِ يَشْتَرِي خَاتَمًا فَيَتَحَتَّمُ بِهِ أَوْ يَصْرِفُهُ مَصْرُفَ الصَّحَايَا، أَمَّا إِذَا ذَبَحَهَا أَجَنِّيًّا فِي وَقْتِ التَّضَحِّيَةِ، فَحَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ الشَّيْءُ لِلتَّعْيِينَ السَّابِقِ، وَقَعَ الْمَوْقِعُ، وَفِي لُزُومِ أَرْضِ الذَّبْحِ وَجْهَانِ^(١)، وَحَيْثُ تُشْتَرَطُ الشَّيْءُ فَاتَتْ الْقُرْبَةُ، وَيُصْرَفُ لَحْمُهَا مَصْرُفَ الصَّحَايَا عَلَىٰ وَجْهِهِ، وَيُؤْخَذُ الْقِيَمَةُ مِنَ الذَّابِحِ وَيُصْرَفُ فِي الْأُضْحِيَّةِ، وَيَنْفَكُ عَنْ حُكْمِ الضَّحِيَّةِ عَلَىٰ وَجْهِهِ، وَمَنْ ذَبَحَ شَاةً غَيْرَهُ وَأَكَلَ لَحْمَهُ، فَفِي قَوْلِهِ، يَلْزَمُهُ قِيَمَةُ الشَّاةِ، وَفِي قَوْلِهِ: يَلْزَمُهُ أَرْضُ الذَّبْحِ، وَقِيَمَةُ اللَّحْمِ، وَرُبَّمَا زَادَ ذَلِكَ عَلَىٰ قِيَمَةِ الشَّاةِ أَوْ نَقَصَ.

(المُحْكَمُ الثَّانِي: التَّعْيِبُ) وَحَيْثُ لَا يَلْزَمُ شَيْءٌ بِالتَّلَفِ، فَلَا يَلْزَمُ بِالتَّعْيِبِ، فَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ مَانِعًا مِنَ الضَّحِيَّةِ، فَفِي أَنْفِكَائِ الشَّاةِ عَنِ الضَّحِيَّةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ أَيْتَدَاءُ: جَعَلْتُ هَذِهِ ضَحِيَّةً وَهِيَ مَعِيَّةٌ، فَالصَّحِيحُ (و) وَجُوبُ صَرْفِهَا إِلَىٰ مَصَارِفِ الضَّحِيَّةِ، وَلَوْ قَالَ لِطَنِيَّةٍ: جَعَلْتُهَا ضَحِيَّةً، فَهُوَ لَاغٌ، وَلَوْ قَالَ لِفَصِيلٍ أَوْ سَخْلَةٍ فَوْجْهَانِ، وَلَوْ عَيَّنَ مَعِيَّةً لِنَذَرِهِ وَقُلْنَا: تَتَعَيَّنُ، فَلَا تَبْرَأُ بِهَا ذِمَّتُهُ، وَهَلْ يَلْزَمُ تَفْرِقَةُ لَحْمِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ زَالَ الْعَيْبُ بَعْدَ ذَلِكَ، فَفِي الْبَرَاءَةِ بِهَا وَجْهَانِ، وَإِنْ تَعَيَّنَتِ الْمَعِيَّةُ بِفِعْلِهِ، فَعَلَيْهِ إِبْدَالُهَا بِصَحِيحَةٍ، وَفِي أَنْفِكَائِ الْمَعِيَّةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَضْحِيَ بِعَزَاجَاءَ، لَزِمَهُ عَزَاجَاءُ، وَفِي وَجْهِهِ: يَلْزَمُهُ صَحِيحَةٌ، وَفِي وَجْهِهِ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالضَّلَالُ كَالِهَلَاكِ، وَلَكِنْ حَيْثُ وَجِبَ الْبَدَلُ وَوَجَدَ الضَّالَّةُ بَعْدَ تَضَحِّيَةِ الْبَدَلِ، فَفِي [لُزُومِ]^(٢) تَضَحِّيَةِ الضَّالَّةِ قَوْلَانِ (ج)، وَلَوْ عَيَّنَ وَاحِدَةً بَدَلَ الضَّالَّةِ ثُمَّ وَجَدَهَا قَبْلَ ذَبْحِ الْبَدَلِ، وَجِبَ ذَبْحُهُمَا فِي قَوْلٍ^(٣) وَتَعَيَّنَ الْأَوَّلُ فِي قَوْلِهِ، وَتَعَيَّنَ الثَّانِي فِي قَوْلِهِ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا فِي قَوْلِهِ.

(المُحْكَمُ الثَّلَاثُ فِي الْأَكْلِ) وَفِي جَوَازِ الْأَكْلِ مِنَ الْمَنْذُورَةِ وَجْهَانِ^(٤)، وَالْمُتَطَوُّعُ بِهَا يَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْهَا وَإِطْعَامُ الْأَغْنِيَاءِ، وَلَا يَجُوزُ تَمْلِيكُ الْأَغْنِيَاءِ لِلْبَيْعِ، وَيَجُوزُ تَمْلِيكُ الْفُقَرَاءِ لِلْبَيْعِ، وَهَلْ يَجِبُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِقَدْرِ مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ (و) الْأَسْمُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا، لَزِمَ التَّمْلِيكُ فِي ذَلِكَ الْقَدْرِ، فَإِنْ أَكَلَ الْجَمِيعُ، لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا قِيَمَةُ ذَلِكَ الْقَدْرِ، وَقِيلَ: يَجِبُ قِيَمَةُ النَّصْفِ، ثُمَّ الْأَخْسَنُ التَّصَدُّقُ بِالْجَمِيعِ، وَالتَّبَرُّكُ بِأَكْلِ لُقْمَةٍ، وَيَتَأَدَّى كَمَالُ الشَّعَارِ بِالتَّصَدُّقِ بِالثَّلْثِ، وَيَأْكُلُ الثَّلْثَ، وَيَذْخُرُ

(١) قال الرافعي: «وقع الموضع، وفي لزوم أرض الذبح وجهان»، قال الأكثرون: فيه قولان. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) قال الرافعي: «حيث وجب البدل، ووجد الضالة بعد تضحية البدل ففي تضحية الضالة قولان» قيل وجهان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وفي جواز الأكل من المنذورة وجهان» قضية إطلاقه التسوية بين أن يعين النذر عما في الذمة، وبين نذر المجازاة، وبين الملتزم المعين والمطلق، وعلى الإطلاق جرى جوارون، والأثبت والأقوى أنه لا يجوز الأكل إذا عين بالنذر عما في ذمته من دم حلق أو تطيب شاة، وكذا إذا نذر مجازاة بأن علق على التزام التضحية بشفاء المريض وقدم الغائب، وإن أطلق الالتزام ولم يعلقه بشيء، وقُلْنَا: يجب الوفاء به وهو الأظهر، فإن عين فقال: لله عليّ أن أضحي بهذه، ففي جواز الأكل ها هنا قولان أو وجهان بناءً على أن النذر يحمل على أقل ما يجب، أو أقل ما يتقرب به، وإن التزم في الذمة، ثم عين عما عليه، فالخلاف مرتب، وأولى بالأكل يجوز الأكل. [ت]

الثُّلُثَ، وَقِيلَ: بَلْ يَتَصَدَّقُ بِالنِّصْفِ^(١)، وَجِلْدُ الضَّحِيَّةِ يَتَصَدَّقُ بِهِ أَوْ يَنْتَفِعُ بِهِ فِي الْبَيْتِ، وَوَلَدُ الضَّحِيَّةِ لَهُ حُكْمُ الْأُمِّ، لَكِنْ يَجُوزُ أَكْلُ جَمِيعِهِ؛ كَمَا يَجُوزُ أَكْلُ جَمِيعِ اللَّبَنِ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ، وَلَوْ اشْتَرَى شَاةً وَقَالَ جَعَلْتُهَا ضَحِيَّةً، ثُمَّ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ وَلَهُ الْأَرْضُ، وَلَا يَلْزَمُ صَرْفُ الْأَرْضِ إِلَى مَصْرِفِ الصَّحَايَا.

(وَأَمَّا الْعَقِيقَةُ) فَهِيَ أَيْضًا كَالضَّحِيَّةِ فِي أَحْكَامِهَا، لَكِنْ وَقْتُهَا يَدْخُلُ بِوِلَادَةِ الْمُوَلُودِ إِلَى السَّابِعِ، وَلَا يَتَأَدَّى إِلَّا بِمَا يَتَأَدَّى بِهِ الضَّحِيَّةُ^(٢)، لَكِنْ (و) تَنْضِجُ عِظَامِهَا صَحِيحَةً مِنْ غَيْرِ كَسْرِ؛ تَقَاوُلًا بِسَلَامَةِ أَعْضَاءِ الصَّبِيِّ، وَيُعَقُّ عَنِ الْجَارِيَةِ شَاةً، وَعَنِ الْغُلَامِ بِشَاتَيْنِ، وَتَكْفِي وَاحِدَةً أَيْضًا، وَالتَّصَدَّقُ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ الدَّعْوَةِ، وَالتَّصَدَّقُ بِالْمَرْقَةِ يُغْنِي (و) عَنِ التَّصَدَّقِ بِاللَّحْمِ^(٣)، أَغْنِي إِذَا أُوجِبْنَا التَّصَدَّقُ بِمَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ، لِأَدَاءِ الْعِبَادَةِ، وَتَلَطِّيحُ رَأْسِ الصَّبِيِّ بِدَمِ الشَّاةِ مَكْرُوهٌ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُسَمَّى فِي السَّابِعِ، وَيَخْلُقُ شَعْرَهُ، وَيَتَصَدَّقُ بِزَنَةِ شَعْرِهِ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً.

(١) قال الرافعي: «ويتأدى كمال الشعار بالتصدق بالثلث، ويأكل الثلث، ويدخر الثلث وقيل: بل يتصدق بالنصف» التثليث المذكور لا يكاد يوجد إلا في هذا الكتاب، وإنما المشهور في القدر الذي يستحب ألا ينقص عن التصدق به قولان:

أحدهما: يأكل النصف، ويتصدق بالنصف، والثاني: يأكل الثلث، ويتصدق بالثلثين. [ت] وقال أيضاً «ويتأدى كمال الشعار بالتصدق بالثلث، ويأكل الثلث، ويدخر الثلث» هذا لا يوجد لغيره، وإنما قالوا في القدر الذي يستحب ألا ينقص التصدق عنه قولان: أحدهما: أنه يأكل النصف، ويتصدق بالنصف.

والثاني: أنه يأكل الثلث، ويتصدق بالثلثين، ويروى تغيراً عن القول الثاني أنه يأكل الثلث، ويهدي إلى الأغنياء والمتحملين الثلث ويتصدق بالثلث. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يتأدى الاستحباب إلا بما يتأدى به الضحية» هذا متناول لقوله أولاً: إنها كالضحية في أحكامها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فالتصدق بالمرقة يغني عن التصدق باللحم إلى آخره» هذا لم يحكه غير صاحب الكتاب، وعزاه في «الوسيط» إلى الصنيدلاني، ولم أجده في مجموعته. [ت]

وقال أيضاً: «يغني عن التصدق باللحم أعني إذا أوجبنا» لا حاجة إلى كلمة أعني. [ت]

كِتَابُ الْأَطْعِمَةِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ

(الفصل الأول في حال الاختيار) وَجَمِيعُ مَا خَلَقَهُ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ الْمَطْهُومَاتِ حَلَالٌ إِلَّا مَا تَسْتَنِيهِ عَشْرَةُ أَصُولٍ:

(الأول): مَا نَصَّ الْكِتَابُ عَلَى تَحْرِيمِهِ؛ كَالْخَنَزِيرِ وَالْخَمْرِ، أَوْ السُّنَّةُ؛ كَالْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ.

(الثاني): مَا فِي مَعْنَاهُمَا؛ كَالثَّيِّذِ (ح) فِي مَعْنَى الْخَمْرِ.

(الثالث): كُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَكُلُّ ذِي مَخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ؛ فَيَحْرُمُ الْكَلْبُ وَالْفِيلُ (و) وَالذَّبُّ، وَالْبَازِي، وَالشَّاهِينُ، وَالصَّفَرُ، وَالْعُقَابُ، وَالنَّسْرُ، وَجَمِيعُ جَوَارِحِ الطَّيْرِ، وَلَا يَحْرُمُ (ح) الضَّبُّ، وَالضَّبُعُ (م) وَالثَّغْلَبُ (م) أَمَا ابْنُ عَزْسٍ وَابْنُ أَوْي، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، لِشَبْهِهِ بِالثَّغْلَبِ وَالْكَلْبِ، وَكَذَا فِي الْهَرَّةِ الْوَحْشِيَّةِ تَرَدُّدٌ؛ (و) لِشَبْهِهَا بِالْإِنْسِيَّةِ، وَالْأَظْهَرُ إِنْ حَاقَ السَّمُورُ وَالسَّنَجَابُ بِالثَّغْلَبِ.

(الرابع): مَا أَمَرَ بِقَتْلِهِ كَالْفَوَاسِقِ الْخَمْسِ، وَهِيَ الْغُرَابُ وَالْجَدَاةُ وَالْعَقْرَبُ وَالْحَيَّةُ وَالْفَأْرَةُ، وَفِي مَعْنَى الْخَمْسِ كُلُّ سَبْعٍ ضَارًّا، كَالذَّبِّ وَالْأَسَدِ وَالْفَهْدِ وَالْتِمِرِ، وَالتَّعَامَةُ تُلْحَقُ بِالْجَدَاةِ وَالْغُرَابِ الْأَبْقَعُ حَرَامٌ، وَفِي الْأَسْوَدِ الْكَبِيرِ تَرَدُّدٌ (و)، وَأَمَّا غُرَابُ الزَّرْعِ وَمِنْهَا حُمْرُ الْمَنَاقِيرِ وَالْأَرْجُلِ، فَلَا أَظْهَرُ (و) حِلُّهَا.

(الخامس): مَا نَهَى عَنْ قَتْلِهِ كَالْخُطَّافِ (و) وَالضَّرْدِ وَالتَّمْلَةِ وَالتَّلْخِلِ، وَفِي الْهُدْهِدِ تَرَدُّدٌ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ اللَّفْلَقَ حَلَالٌ^(١) كَالْكُرْكِيِّ، وَكُلُّ ذَاتِ طَوْقٍ فَحَلَالٌ، وَأَسْمُ الْحَمَامِ يَشْمَلُ الْفَوَاحِشَ وَالْقَمَارِيَّ، وَمَا عَلَى شَكْلِ الْعُصْفُورِ (و)، فَحَلَالٌ، وَإِنْ اخْتَلَفَ أَلْوَانُهَا كَالزُّرُورِ وَالصَّغْوَةِ وَأَشْبَاهِهَا، وَأَمَّا طَيْرُ الْمَاءِ وَحَيَوَانُهُ كُلُّهُ مُبَاحٌ إِلَّا مَا لَهُ نَظِيرٌ مُحَرَّمٌ فِي الْبَرِّ فَفِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

(السادس): مَا اسْتَخْبَشَهُ الْعَرَبُ فَحَرَامٌ؛ كَالْحَشَرَاتِ وَالضَّفَدَعِ [ح] و^(٣) وَالسَّرَطَانِ [م] و^(٤) وَالشَّلْحَفَةِ [م] و^(٥) وَلَا يَحِلُّ مِنْهَا إِلَّا الضَّبُّ [ح] و^(٦)، وَفِي أُمَّ حَبِيبٍ تَرَدُّدٌ، وَلَعَلَّهُ وَلَدُ الضَّبِّ، وَالْجَرَادُ حَلَالٌ، وَفِي الصَّرَّارَةِ تَرَدُّدٌ (م) و^(٧)، وَتَشْبِيْهُهَا بِالْخُنْفَسَاءِ أَظْهَرُ، وَفِي الْقُنْفُذِ وَجْهَانِ، وَمَا أَشْكَلَ مِنْهُ فَيَرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْعَرَبِ.

(١) قال الرافعي: «والأظهر أن اللقلق حلال» اختار كثير من المعبرين منهم أبو عاصم العبادي أنه حرام قال

في التهذيب وهو الأصح. [ت]

(٢) قال الرافعي: «إلا ما له نظير محرم في البر، ففيه قولان» المشهور من هذا الخلاف الوجه. [ت]

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من ب.

(السَّابِعُ): مَا لَا نَصَّ فِي تَحْرِيمِهِ، وَوَرَدَتِ السُّنَّةُ بِأَنَّهُ كَانَ حَرَامًا فِي شَرْعٍ مِّن قَبْلِنَا، فَهُوَ مُسْتَضْحَبٌ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

(الثَّامِنُ): الْحَلَالُ إِذَا خَالَطَتْهُ نَجَاسَةٌ فَهُوَ حَرَامٌ، كَالذَّهْنِ وَكَالْجَلَّالَةِ الَّتِي تَأْكُلُ الْعِدْرَةَ، فَهُوَ حَرَامٌ^(١) [م و^(٢)] إِنْ ظَهَرَ الثَّنُّ فِي لَحْمِهِ، وَجِلْدُهُمَا نَجِسٌ إِلَّا أَنْ تَزُولَ الرَّائِحَةُ بِالذَّبْنِ، وَمَهُمَا زَالَ بِالْعَلْفِ، حَلَّ لَحْمُهُ، وَلَوْ زَالَ بِالطَّنْخِ لَمْ يَحِلَّ، وَالزَّرْعُ لَا يَحْرُمُ وَإِنْ كَثُرَ الزُّبْلُ فِي أَصْلِهِ.

(الثَّاسِعُ): مَا حُكِمَ بِحِلِّهِ فَيَحْرُمُ مِنْهُ الْمُنْحِقَةُ، وَمَا ذُبِحَ ذَبْحًا غَيْرَ شَرْعِيٍّ إِلَّا الْجَيْنِ الْمَيِّتُ فِي بَطْنِ الْمَذْكِيِّ فَهُوَ حَلَالٌ.

(الْعَاشِرُ): مَا اكْتَسَبَ بِمُخَاَمَرَةِ نَجَاسَةٍ؛ كَكَسْبِ الْحَبَامِ، فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَلَيْسَ بِحَرَامٍ، وَيَنْبَغِي أَلَّا يَأْكُلَ وَيُعْلَفَ رَقِيقُهُ وَنَاصِحُهُ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي فِي حَالِ الْأَضْطِرَارِ) وَجَمِيعُ الْمُحَرَّمَاتِ تُبَاحٌ بِالضَّرُورَةِ، لَكِنْ النَّظَرُ فِي حَالِ الضَّرُورَةِ وَحَدُّ الْمُسْتَبَاحِ وَجَنِّهِ، وَحَدُّ الضَّرُورَةِ أَنْ يَخَافَ عَلَى نَفْسِهِ الْهَلَكَ، أَوْ مَرَضًا مَخُوفًا فِي جَنِّهِ، فَإِنْ كَانَ مَخُوفًا لِطَوِيلِهِ وَعُسْرِ عِلَاجِهِ، فَوَجْهَانِ، وَإِذَا جَازَ الْأَكْلُ وَجَبَ، وَقِيلَ: يَجُوزُ الْأَسْتِسْلَامُ وَالتَّوَرُّعُ؛ كَدَفْعِ الصَّائِلِ، وَلَا أَضَلُّ لَهُ، وَأَمَّا قَدْرُ الْمُسْتَبَاحِ، فَهُوَ سَدُّ الرِّمَقِ، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ إِلَى الشَّبَعِ فَقَوْلَانِ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَحِلُّ الشَّبَعُ إِذَا كَانَ فِي بَادِيَةٍ، وَعَلِمَ أَنَّهُ لَا يَسْتَقِيلُ بِالْمَشْيِ بِسَدِّ الرِّمَقِ وَيَهْلِكُ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَوْ كَانَ يَتَوَقَّعُ مُبَاحًا قَبْلَ رُجُوعِ الضَّرُورَةِ، تَعَيَّنَ سَدُّ الرِّمَقِ وَحَرُمَ الشَّبَعُ، وَأَمَّا جِنْسُ الْمُسْتَبَاحِ فَكُلُّ مَا لَا يُؤَدِّي إِلَى قَتْلِ مَعْصُومٍ، فَتَحِلُّ (و) الْخَمْرُ لِإِزَالَةِ الْعَطَشِ^(٣) وَإِنْ لَمْ يَجْزُ (و) لِلتَّداوِي وَيَحِلُّ قَتْلُ الْحَزِيِّ وَالْمُرْتَدِّ، وَالزَّانِي [و^(٤)] الْمُحْصَنِ، وَالْمَرْأَةُ (و) الْحَرَبِيَّةُ، وَالصَّبِيَّ الْحَرَبِيَّ، وَلَا يَحِلُّ قَتْلُ الذَّمِّيِّ، وَالْمُعَاهِدِ، وَالْعَبْدِ، وَالْوَلَدِ.

(فُرُوعُ: الْأَوَّلُ) فِي جَوَازِ قَطْعِ فَلْدَةٍ مِنَ الْفَخْدِ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الْخَوْفُ فِيهِ (ح) كَالْخَوْفِ فِي الْجُوعِ وَجْهَانِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ فَخْدٍ غَيْرِهِ أَصْلًا.

(الثَّانِي): إِذَا ظَفِرَ بِطَعَامٍ مِّن لَّيْسَ مُضْطَرًّا، فَيَطْلُبُهُ مِنْهُ، فَإِنْ مَنَعَهُ، غَضَبَهُ، فَإِنْ دَفَعَهُ، جَازَ لَهُ قَتْلُ الْمَالِكِ فِي الدَّفْعِ، فَإِنْ بَاعَهُ بِشَيْءٍ الْمِثْلِ، لَزِمَهُ (و) شِرَاؤُهُ، وَإِنْ بَاعَ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ، فَاشْتَرَاهُ لِلضَّرُورَةِ فَهُوَ كَشِرَاءِ الْمُسَادِرِ، وَالْمَالِكُ لَوْ أَوْجَرَ الْمُضْطَرُ طَعَامَهُ قَهْرًا، فَقَبِي أَسِيخَقَاقِ الْقِيَمَةِ

(١) قال الرافعي: «وكالجلالة التي تأكل العذرة فهو حرام» هذا وجه في الجلالة، وقال الأكثرون: النهي فيها

نهي تنزيه. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «ويحل الخمر لإزالة العطش» هذا مكرر، وقد سبق ما فيه. [ت]

وقال أيضا: «ويحل الخمر لإزالة العطش وإن لم يجز للتداوي» الصورتان مذكورتان في الحدود. [ت]

(٤) سقط من ب.

عَلَيْهِ وَجْهَانِ.

(الثالثُ) إِذَا وَجَدَ مَيْتَةً وَطَعَامَ الْغَيْرِ، قِيلَ: الْمَيْتَةُ أَوْلَى، وَقِيلَ: الطَّعَامُ أَوْلَى وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ (و) لَوْ وَجَدَ الْمُحْرِمُ الصَّيْدَ وَالْمَيْتَةَ، وَلَوْ وَجَدَ لَحْمَ الصَّيْدِ فَهُوَ أَوْلَى مِنَ الْمَيْتَةِ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَهُ خَاصٌّ^(١).

(١) قال الرافعي: «ولو وجد لحم الصيد فهو أولى من الميته»، لأن تحريمه خاص «هذا وجه، والأرجح أنه يتخير بينهما. [ت]

(كِتَابُ السَّبْقِ وَالرَّمْيِ، وَفِيهِ بَابَانِ)

(البَابُ الْأَوَّلُ فِي السَّبْقِ)

وَيَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَطَ لِلْسَّبْقِ بِالْخَيْلِ، أَوْ الْمُصِيبِ فِي النَّصَالِ مَالٌ؛ لِيَكُونَ ذَلِكَ تَرْغِيباً فِي إِعْدَادِ
أَسْبَابِ الْقِتَالِ، وَالنَّظَرِ فِي شُرُوطِ الْعَقْدِ وَأَحْكَامِهِ:
(أَمَّا الشُّرُوطُ) فَهِيَ سِتَّةٌ:

(الْأَوَّلُ): أَنْ يَغْفِدَ عَلَى عُدَّةِ الْقِتَالِ (و) وَأَضْلُهُ مِنَ الْحَيَوَانِ الْخَيْلُ وَفِي الْخَبَرِ «لَا سَبْقَ إِلَّا فِي
خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَضْلٍ»^(١)، وَالْمُرَادُ بِالْخُفِّ: الْإِبِلُ، وَالْفِيلُ فِي مَعْنَاهُ، لِأَنَّهُ أَعْنَى مِنْهُ فِي الْقِتَالِ، وَلَا

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَفِي الْخَبَرِ: لَا سَبْقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَضْلٍ»

رَوَى الشَّافِعِيُّ عَنْ ابْنِ أَبِي فُدَيْكٍ عَنْ ابْنِ أَبِي ذَنْبٍ عَنْ نَافِعٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا سَبْقَ إِلَّا فِي نَضْلٍ أَوْ حَافِرٍ أَوْ خُفٍّ» وَأَيْضاً عَنْ ابْنِ أَبِي ذَنْبٍ عَنْ عَبَادِ بْنِ أَبِي
صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا سَبْقَ إِلَّا فِي حَافِرٍ أَوْ خُفٍّ» [ت]
وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٩/٣) كِتَابُ الْجِهَادِ، بَابُ فِي السَّبْقِ، حَدِيثٌ (٢٥٧٤). وَالتِّرْمِذِيُّ
(١٧٨/٤) كِتَابُ الْجِهَادِ، بَابُ مَا جَاءَ فِي الرِّهَانِ وَالسَّبْقِ حَدِيثٌ (١٧٠٠). وَالنَّسَائِيُّ (٢٢٦/٦) كِتَابُ
الْخَيْلِ، بَابُ السَّبْقِ حَدِيثٌ (٣٥٨٥). وَأَحْمَدُ (٤٧٤/٢). وَالشَّافِعِيُّ (١٢٨/٢) كِتَابُ الْجِهَادِ حَدِيثٌ
(٤٢٢) وَابْنُ حِبَانَ (١٦٣٨ - مَوَارِدُ). وَالطَّبْرَانِيُّ فِي «الصَّغِيرِ» (٢٥/١). وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (١٦/١٠) كِتَابُ السَّبْقِ
وَالرَّمْيِ، بَابُ لَا سَبْقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَضْلٍ. وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي «شرح السنة» (٥٣٥/٥ - بِتَحْقِيقِنَا). مِنْ
طَرِيقِ ابْنِ أَبِي ذَنْبٍ عَنْ نَافِعٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ بِهِ وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ: حَدِيثٌ حَسَنٌ وَأَقْرَبُهُ الْبُغْوِيُّ وَصَحَّحَهُ ابْنُ
حِبَانَ.

وَأَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ (١٢٩/٢) كِتَابُ الْجِهَادِ حَدِيثٌ (٤٢٣)، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (١٦/١٠) كِتَابُ السَّبْقِ وَالرَّمْيِ،
بَابُ لَا سَبْقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَضْلٍ مِنْ طَرِيقِ ابْنِ أَبِي فُدَيْكٍ عَنْ ابْنِ أَبِي ذَنْبٍ عَنْ عَبَادِ بْنِ أَبِي
صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ بِهِ بَلْفَظٍ: لَا سَبْقَ إِلَّا فِي حَافِرٍ أَوْ خُفٍّ.
وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ (٢٢٧/٦) كِتَابُ الْخَيْلِ، بَابُ السَّبْقِ. وَابْنُ مَاجَهَ (٩٦٠/٢) كِتَابُ الْجِهَادِ، بَابُ
السَّبْقِ وَالرِّهَانِ حَدِيثٌ (٢٨٧٨). وَأَحْمَدُ (٢٥٦/٢، ٣٨٥، ٤٢٥). وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (١٦/١٠) كِتَابُ السَّبْقِ
وَالرَّمْيِ، بَابُ لَا سَبْقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَضْلٍ، مِنْ طَرِيقِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو عَنْ أَبِي الْحَكَمِ مَوْلَى
الْبَيْهَقِيِّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ.

وَأَخْرَجَهُ أَحْمَدُ (٣٥٨/٢). مِنْ طَرِيقِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَفِي الْبَابِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ
عَمْرِ.

- حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ

أَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي «الْكَبِيرِ» (٣٨٢ / ١٠) رَقْمَ (١٠٧٦٤). مِنْ طَرِيقِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ هَارُونَ الْفُرَوِيِّ ثَنَا
قَدَامَةُ عَنْ مَخْرَمَةَ بْنِ بَكِيرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَطَاءٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: لَا سَبْقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَضْلٍ.
وَالْحَدِيثُ ذَكَرَهُ الْهَيْثَمِيُّ فِي «الْمَجْمَعِ» (٢٦٦/٥) وَقَالَ: وَفِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنُ هَارُونَ الْفُرَوِيُّ وَهُوَ =

يُلْحَقُ بِهِ الْبُغْلُ وَالْحِمَارُ^(١)، وَأَمَّا النَّضْلُ فَفِي مَعْنَاهُ الْمَرَارِيقُ وَالزَّانَاتُ (و) وَسَائِرُ أَنْوَاعِ الرِّمِيِّ عَلَى اخْتِلَافِ الْقِسِيِّ، وَالسَّهَامُ يَدْخُلُ فِيهِ الرِّمِيُّ بِالمَسَلَّاتِ وَالْإِبَرِ، وَفِي التَّرَامِي بِالْحِجَارَةِ وَبِالمَقَالِجِ وَالتَّرْدُّدِ بِالسُّيُوفِ خِلَافًا، وَكَذَا فِي مُسَابَقَةِ الطُّيُورِ وَالْحَمَامَاتِ لِتَقَلِّ الْأَخْبَارِ، وَالظَّاهِرُ مَنْعُهُ.

(الثَّانِي: الْإِعْلَامُ) وَلَا بُدَّ مِنْ إِعْلَامِ الْمَوْقِفِ وَالْغَايَةِ وَالتَّسَارِي فِيهِمَا، وَلَوْ شَرِطَ لِأَحَدِهِمَا تَقَدُّمَ الْغَايَةِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ شَرِطَ لِلسَّابِقِ حَيْثُ يَسْبِقُ مِنْ غَيْرِ تَغْيِينِ الْغَايَةِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ عَيَّنَ الْغَايَةَ وَلَكِنْ شَرِطَ الْمَالَ، لِمَنْ يَسْبِقُ فِي وَسْطِ الْمَيْدَانِ حَيْثُ كَانَ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّالِثُ): إِذَا كَانُوا جَمَاعَةً فَفِي شَرْطِ الْمَالِ لِلْمُصْلِي، أَغْنَى: التَّالِي لِلسَّابِقِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ: (٢)

(أَحَدُهَا): الْجَوَازُ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّحَدُّقِ فِي ضَبْطِ الْفَرَسِ.

(وَالثَّانِي): لَا؛ لِأَنَّ السَّبْقَ هُوَ الْمَقْصُودُ.

(الثَّالِثُ): أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ لَهُ شَيْئًا، بِشَرْطِ أَنْ يَفْصَلَ السَّابِقُ، وَكَذَلِكَ لِجَمِيعِهِمْ عَلَى التَّرْتِيبِ، أَمَّا الْفَسْكَالُ وَهُوَ الْأَخِيرُ، فَلَا يُخَصُّ بِفَضْلٍ، وَهَلْ يَشْتَرِكُ فِي الْحَقِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مُحَلَّلٌ وَهُوَ لَا يُعْرَمُ إِنْ سَبَقَ، وَيَغْنَمُ إِنْ سَبَقَ، فَلَوْ شَرِطَ الْإِمَامُ أَوْ وَاحِدٌ مِنَ النَّاسِ لِلسَّابِقِ مَالًا، جَازَ، وَلَوْ أَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَسَابِقِينَ مَالًا، لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ شَرِطَ الْمَالَ لَهُ إِنْ سَبَقَ، وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ، أَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُمْ عَلَى الْمُحَلَّلِ، وَإِنْ شَرِطَ الْمَالَ لِلْمُتَسَابِقِينَ أَيْضًا، فَقَوْلَانِ^(٣) يُعَبَّرُ عَنْهُمَا بِأَنَّ الْمُحَلَّلَ يُحَلِّلُ لِنَفْسِهِ فَقَطْ، أَمْ لِنَفْسِهِ وَلِغَيْرِهِ، فَإِنْ جُوزَ نَا، جَازَ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَائَةِ مُحَلَّلٌ وَاحِدٌ يَأْخُذُ الْكُلَّ إِنْ سَبَقَ، وَلَا يُعْرَمُ إِنْ تَخَلَّفَ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَاقِينَ يَغْنَمُ وَيُعْرَمُ، فَعَلَى هَذَا إِنْ تَلَاَحَقُوا وَالْمُحَلَّلُ سَابِقٌ، أَخَذَ مَالَ

= ضعيف.

وحديث ابن عمر

أخرجه ابن حبان (٩٦/٧ - الاحسان) رقم (٤٦٧٠). من طريق عاصم بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل وجعل بينهما سبقاً وجعل بينهما محللاً وقال: «لا سبق إلا في حافر أو نصل».

ومن طريق عاصم رواه ابن أبي عاصم في الجهاد كما في «التلخيص» (١٦٣/٤ - ١٦٤) وقال الحافظ: وعاصم هذا ضعيف واضطرب فيه رأي ابن حبان فصح حديثه تارة وقال في الضعفاء: لا يجوز الاحتجاج به وقال في الثقات يخطئ ويخالف.

(١) قال الرافي: «ولا يلحق به البغل والحمار» هذا وجه، والأظهر عند أكثرهم إلحاقهما بالخيل إذا كانوا جماعة. [ت]

(٢) قال الرافي: «ففي شرط المال للمصلي أعني التالي للسابق ثلاثة أوجه إلى آخرها» الأظهر وجه رابع لم يذكره، وهو أنه يجوز أن يشترط له شيء بشرط أن يفصل السابق. [ت]

(٣) قال الرافي: «وإن شرط المال للمتسابقين أيضاً فقولان» قيل وجهان وقال الأكثرون: المنصوص الجواز وفيه وجه. [ت]

المُصَلِّي وَالْفَسْكَرُ، جَمِيعاً، وَقِيلَ: الْمُصَلِّي يَأْخُذُ نِصْفَ مَالِ الْفَسْكَرِ؛ لِأَنَّهُ سَبَقَهُ أَيْضاً، وَإِنْ سَبَقَ الْمُحَلِّلُ وَسَاوَقاً بَعْدَهُ، أَخَذَ الْمُحَلِّلُ مَالَهُمَا، وَإِنْ سَبَقَ الْمُحَلِّلُ مَعَ أَحَدِهِمَا، فَمَالَ الْفَسْكَرُ لَهُمَا.

(الخامس) أَنْ يَكُونَ سَبَقُ كُلِّ وَاحِدٍ مُمَكِّناً، فَإِنْ ظَهَرَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْفَرَسَيْنِ بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّ السَّابِقَ أَحَدُهُمَا، بَطَلَ الْعَقْدُ، وَإِنْ كَانَ مُمَكِّناً عَلَى التَّدْوِيرِ فَوَجْهَانِ (م)، وَيَجُوزُ بَيْنَ فَرَسَيْنِ مُخْتَلِفِي النُّوعِ، وَبَيْنَ الْإِبِلِ وَالْفَرَسِ وَجْهَانِ.

(السادس) تَغْيِينُ الْفَرَسَيْنِ وَإِحْضَارُهُمَا، أَمَّا الْعَقْدُ عَلَى فَرَسَيْنِ بِالْوَصْفِ، ثُمَّ الْإِحْضَارُ لَا يَجُوزُ عَلَى الْأَصَحِّ^(١) ثُمَّ الْفَرَسُ لَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ إِذَا عُنِيَ، ثُمَّ الْأَعْتِمَادُ فِي السَّبَقِ عَلَى الْأَقْدَامِ^(٢)، إِذِ الْعُنَى قَدْ تَمَتَّدَ وَقَدْ تَقَصَّرَ.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ هَذِهِ الْمُعَامَلَةِ) وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي قَوْلٍ كَالْجَعَالَةِ، وَلَا زِمَةً فِي قَوْلٍ كَالْإِجَارَةِ، وَقِيلَ: الَّذِي يَغْنَمُ وَلَا يَغْرُمُ جَائِزٌ فِي حَقِّهِ قَوْلًا وَاحِدًا^(٣)، ثُمَّ عَلَى قَوْلِ الْجَوَازِ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ بِالْقَوْلِ، وَفِي ضَمَانِ السَّبَقِ وَالرَّهْنِ بِهِ خِلَافٌ (و) كَمَا فِي الْجَعَالَةِ، وَعَلَى قَوْلِ اللَّزُومِ يَجِبُ (و) الْبِدَايَةُ بِالْعَمَلِ لَا بِتَسْلِيمِ السَّبَقِ، وَيَجُوزُ (و) ضَمَانُهُ وَالرَّهْنُ بِهِ، فَإِنْ فَسَدَتِ الْمُعَامَلَةُ يَكُونُ الْعَوَضُ خَمْرًا، رَجَعَ إِلَى أَجْرَةٍ مِثْلِ عَمَلِهِ فِي جَمِيعِ رَكْضِهِ، لَا فِي قَدْرِ السَّبَقِ، وَإِنْ كَانَتْ بِسَبَبِ آخَرَ يَرْجِعُ إِلَى قِيَمَةِ السَّبَقِ أَوْ أَجْرِ الْمِثْلِ، فِيهِ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي الصَّدَاقِ، وَقِيلَ: هَلْهُنَا يَرْجِعُ قِطْعًا إِلَى أَجْرِ الْمِثْلِ كَالْقِرَاضِ.

(الْبَابُ الثَّانِي فِي الرَّمْيِ)

وَالنَّظَرُ فِي الشُّرُوطِ وَالْحُكْمِ:

(أَمَّا الشُّرُوطُ)، فَسِتَّةُ:

(الْأَوَّلُ الْمُحَلِّلُ)، كَمَا ذَكَرْنَاهُ، فَلَوْ كَانُوا حَزْبَيْنِ، وَلَيْسَ فِي جُمْلَتِهِمْ إِلَّا شَخْصٌ وَاحِدٌ شَرَطَ أَنْ يَغْنَمَ، وَلَا يَغْرُمَ، فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ، مَعَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْنَمُ بِقَدْرِ حَصَّتِهِ، دُونَ جَمِيعِ الْمَالِ؟ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْمُحَلِّلَ يُحَلِّلُ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ يَغْنَمُ جَمِيعَ الْمَالِ^(٤).

(١) قال الرافعي: «أما العقد على فرسين بالوصف، ثم الإحضار لا يجوز على الأصح» الأوجه وبه قال العراقيون الجواز. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ثم الاعتماد في السبق على الإقدام» الذي يوجد لعامة الأصحاب أن في الخيل يعتبر العتق، وفي الإبل الكتد، وهو مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وهي جائزة في قول كالجعالة... إلى قوله قولاً واحداً» سياق الكتاب ليشعر بترجيح الطريقة الطاردة للقولين، والثانية أظهر. [ت]

(٤) قال الرافعي: «لأنه ليس يغنم جميع المال» كالتأكيد والإيضاح وفي قوله من قبل «مع أنه إنما يغنم بقدر حصته دون جميع المال» غنية عنه. [ت]

(الثاني: اتِّحَادُ الْجِنْسِ وَتَغْيِينُهُ)، فَلَوْ عَيَّنَ جِنْسَيْنِ؛ كَالْمَرْأَةِ وَالرَّمْيِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ كَالْإِبِلِ وَالْفَرَسِ، وَهَذَا بِالْجَوَازِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْآلَةَ هَلُمَّا لَا عَمَلَ لَهَا.

وَأَمَّا الْأَخْتِلَافُ فِي أَنْوَاعِ الْقِسِيِّ، فَلَا يُؤَثِّرُ لَكِنْ لَوْ عَيَّنَ، لَمْ يُبَدَّلِ الْقَوْسُ الْعَرَبِيُّ بِالْفَارِسِيِّ؛ لِأَنَّ الْفَارِسِيَّ أَجْوَدُ، وَلَوْ أَبْدَلَ الْفَارِسِيَّ بِالْعَرَبِيِّ، فَوَجْهَانِ، وَيَجُوزُ تَبْدِيلُ الْقَوْسِ بِمِثْلِهِ؛ بِخِلَافِ الْفَرَسِ، وَلَوْ شَرَطَ أَلَّا يُبَدَّلَ، فَفِي صِحَّةِ الشَّرْطِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَفْسَدْنَا، فَفِي فَسَادِ الْعَقْدِ وَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَرْطٍ فَاسِدٌ يُسْتَعْنَى عَنْ جِنْسِهِ، فَإِنْ صَحَّحْنَا، جَازَ الْإِبْدَالُ، إِذَا أَنْكَسَرَ، فَإِنْ شَرَطَ أَلَّا يُبَدَّلَ، فَإِنْ أَنْكَسَرَ، فَهَذَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ، أَمَّا إِذَا أُطْلِقَ، وَلَمْ يُعَيَّنْ جِنْسٌ مَا فِيهِ الرَّمْيُ، نُزِلَ عَلَى الْأَغْلَبِ فِي الْعَادَةِ، فَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْعَادَةُ، فَسَدَ؛ فِي وَجْهِ.

وَعَلَى وَجْهِهِ، إِنْ تَطَابَقَا عَلَى شَيْءٍ، تَمَّ، وَإِلَّا فَسَدَ (و).

(الثالث: أَنْ تَكُونَ الْإِصَابَةُ الْمَشْرُوطَةُ مُمَكِّنَةً، لَا مُنْتِنَعَةً، وَلَا وَاجِبَةً، وَالْمُنْتِنَعُ إِصَابَةُ مِائَةٍ عَلَى التَّوَالِي، وَهَذَا فَاسِدٌ (و)، وَالوَاجِبُ إِصَابَةُ الْحَاقِظِ وَاحِدًا مِنْ مِائَةٍ، وَهَذَا يَصِحُّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَفَائِدَتُهُ التَّعَلُّمُ، وَأَمَّا الْمُمَكِّنُ عَلَى نُدُورٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ^(١)، وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا مُحَلَّلٌ، عَلِمَ قَطْعًا؛ أَنَّهُ لَا يَفْلُحُ، فَوْجُودُهُ كَعَدَمِهِ، وَإِنْ عَلِمَ قَطْعًا؛ أَنَّ الْمُحَلَّلَ يَفُوزُ، فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ.

(الرابع: الإِغْلَامُ)، وَيَجِبُ إِغْلَامُ مِقْدَارِ الْمَالِ وَعَدَدِ الْإِصَابَةِ، وَأَمَّا الْمَسَافَةُ بَيْنَ الْمَوْقِفِ وَالْهَدَفِ، وَعَرَضُ الْهَدَفِ وَقَدْرُ أَرْتِفَاعِهِ مِنَ الْأَرْضِ، فَفِي اشْتِرَاطِ إِغْلَامِهِ قَوْلَانِ، فَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ. وَفِي قَوْلٍ: يُنْزَلُ عَلَى الْعَادَةِ.

أَمَّا عَدَدُ الْأَرْشَاقِ^(٢)؛ وَهُوَ نَوْبَةُ الرَّمْيِ، فَيَجِبُ ذِكْرُهُ فِي الْمُحَاطَّةِ، وَهِيَ أَنْ يُشْتَرَطَ خُلُوصُ عَشْرِ إِصَابَاتٍ مِنْ مِائَةٍ أَوْ خَمْسِينَ مَثَلًا، أَمَّا فِي الْمُبَادَرَةِ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ شَرْطًا لِمَنْ سَبَقَ إِلَى عَشْرَةٍ، فَفِي اشْتِرَاطِ ذِكْرِ عَدَدِ الْأَرْشَاقِ قَوْلَانِ، وَكَذَلِكَ فِي تَغْيِينِ مَنْ لَهُ الْبِدَايَةُ فِي الرَّمْيِ قَوْلَانِ: (وَأَحَدُهُمَا): أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُذَكَّرْ، فَسَدَ، وَهُوَ الْقِيَاسُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّ الْبِدَايَةَ لِلْمَسْبُوقِ، وَهُوَ الْعَادَةُ.

وَفِي قَوْلٍ آخَرَ: يُفْرَغُ، ثُمَّ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ، هَلْ لَهُ الْبِدَايَةُ فِي كُلِّ رِشْقٍ، أَمْ يَخْتَصُّ حُكْمُهَا بِالنَّوْبَةِ الْأُولَى؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فَرَعٌ): فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ عَلَى التَّرْتَابِ^(٣)، وَمَقْصُودُ الْإِبْعَادِ دُونَ الْإِصَابَةِ وَجْهَانِ، وَالْأَصَحُّ الْجَوَازُ.

(١) قال الرافعي: «وأما الممكن على الندور ففيه وجهان» قيل: قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما عدد الإرشاق إلى آخره» قيل: الخلاف في المسألة وجه. [ت]

(٣) الترتاب: الشيء المقيم الثابت. تاج العروس ٤٨١/٢.

(الخامس): أَنْ يُرَدَّ الْعَقْدُ عَلَى رُمَاةٍ مُعَيَّنِينَ، وَلَا يَجُوزُ إِيْرَادُهُ عَلَى الذَّمَّةِ، وَيَجُوزُ بَيْنَ حَزْبَيْنِ، وَالْإِنْتِقَادُ يَكُونُ بِالتَّرَاضِي، لَا بِالْفَرْعَةِ الَّتِي قَدْ تَجُورُ؛ فَتَجْمَعُ الْخَرْقُ فِي جَانِبٍ، وَلَوْ تَرَامَى عَرَبِيَّانِ وَتَعَاقَدَا، صَحَّ إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَخْرَقَ يَسْتَحِيلُ مُقَاوَمَتُهُ لِلْآخِرِ؛ فَيَتَبَيَّنُ بَطْلَانُ الْعَقْدِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ التَّسَاوِي فِي عَدَدِ الْحَزْبَيْنِ، بَلْ فِي عَدَدِ الرَّمِيَّاتِ، فَيَرْمِي وَاحِدٌ ثَلَاثَةً، وَلَكِنْ يَرْمِي هُوَ ثَلَاثَةً، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَرْمِي وَاحِدَةً، ثُمَّ السَّبْقُ يُورَعُ عَلَى عَدَدِ (و) رُءُوسِ الْحَزْبِ لَا عَلَى عَدَدِ الْإِصَابَةِ، إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ التَّوْزِيعُ عَلَى الْإِصَابَةِ.

(السادس): تَعْيِينُ الْمَوْقِفِ شَرْطٌ مَعَ التَّسَاوِي، فَلَوْ شَرِطَ لِوَاحِدٍ تَقَدُّمٌ، لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ تَنَافَسُوا فِي الْوُقُوفِ فِي الْوَسْطِ، فَهُوَ كَالْتَّنَافُسِ فِي الْبِدَايَةِ، وَلَوْ رَضُوا بَعْدَ الْعَقْدِ بِتَقَدُّمِ وَاحِدٍ لَمْ يَجُزْ، وَكَأَنَّهُمْ حَطُّوا عَنْهُ رَمِيَّةً، وَلَوْ رَضُوا بِتَأَخُّرِهِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَطُّوا عَنْ وَاحِدٍ، إِصَابَةً وَاحِدَةً، لَمْ يَجُزْ، وَلَكِنْ لَوْ تَطَابَقُوا عَلَى التَّقَدُّمِ بِأَجْمَعِهِمْ، أَوْ عَلَى تَعْيِينِ عَدَدِ الْأَرْشَاقِ، فَهَذَا كَالْحَقِّ زِيَادَةً بِالْعَقْدِ، وَيَجُوزُ عَلَى قَوْلِ الْجَوَازِ دُونَ الزُّرْمِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ الْعَقْدِ)، وَهُوَ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ لَكِنْ لِلشَّرْطِ صَوْرًا:

(الأول): أَنْ يُشْتَرَطَ الْفُرْعَاتُ، فَإِذَا قَرَعَ، اسْتَحَقَّ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُقْ، وَلَا يَكْفِي الْقَرَعُ بِفُوقِ السَّهْمِ وَعَرَضِهِ، وَإِنْ انْصَدَمَ بِجِدَارٍ أَوْ شَجَرٍ أَوْ الْأَرْضِ، ثُمَّ أَصَابَ، لَمْ يَسْتَحَقَّ فِي عَادَةِ الرُّمَاتِ، وَلِلْفُقَهَاءِ فِيهِ خِلَافٌ.

(الثَّانِيَّةُ): شَرْطُ الْخَوَاسِقِ، وَهِيَ الَّتِي تَخْرُقُ، فَإِنْ خَرَقَ وَمَرَّقَ، فَقَدْ زَادَ فَيَسْتَحَقُّ.

وَقِيلَ (و): يُشْتَرَطُ الثُّبُوتُ، وَإِنْ خَرَقَ طَرَفَ الْهَدَفِ، وَحَصَلَ فِيهِ جَمِيعُ جِزْمِ التَّضَلُّ، اسْتَحَقَّ (و)، وَإِنْ حَصَلَ بَعْضُهُ، فَوَجْهَانِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي ثِقْبَةٍ قَدِيمَةٍ، وَتَبَّتْ، فَوَجْهَانِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا شَرِطَ لِمَنْ يَسْبِقُ إِلَى عَشْرَةٍ مِنْ رِاقَةٍ، فَسَبَقَ إِلَيْهِ مِنْ خَمْسِينَ، اسْتَحَقَّ، وَفِي لُزُومِ إِيْتِمَامِ الْعَمَلِ لِلتَّعْلِيمِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَتْ مُحَاطَةً، وَخُلِصَ لَهُ عَشْرَةٌ مِنْ خَمْسِينَ، فَفِي لُزُومِ الْإِيْتِمَامِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِاللُّزُومِ؛ إِذِ الْحَطُّ فِي الْبَاقِي مُنْتَظَرٌ، وَالْخِلَافُ رَاجِعٌ إِلَى أَنَّ الْحَطَّ بَعْدَ الْكَمَالِ، هَلْ يُؤَثِّرُ؟ وَإِنْ تَمَّتْ عَشْرَتُهُ فِي آخِرِ الْخَمْسِينَ، وَلِلْآخِرِ تِسْعَةٌ مِنْ تِسْعٍ وَأَرْبَعِينَ، فَإِنْ أَصَابَ فِي آخِرِ الْخَمْسِينَ، فَقَدْ تَسَاوَيَا، وَلَا سَبْقَ، وَإِنْ أَخْطَأَ، اسْتَحَقَّ الْآخَرُ مَالَهُ.

وَلَوْ قَالَ لِزَامٍ: أَرَمَ خَمْسَةَ عَتِي، وَخَمْسَةَ عَنْ نَفْسِكَ، فَإِنْ أَصَبْتَ فِي خَمْسَتِكَ، فَلَكَ دِينَارٌ، لَمْ يَجُزْ.

وَلَوْ قَالَ: أَرَمَ؛ فَإِنْ كَانَ إِصَابَتُكَ أَكْثَرَ مِنَ الْعَشْرَةِ، فَلَكَ دِينَارٌ، جَازَ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا شَرِطَ أَحْسَابُ الْقَرِيبِ، وَذَكَرَ حَدَّ الْقُرْبِ، جَازَ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ، وَلَمْ يَكُنْ عَادَةً، فَسَدَ.

وَقِيلَ: يُنْزَلُ عَلَى أَنَّ الْأَقْرَبَ يُسْقِطُ الْأَبْعَدَ، كَيْفَ كَانَ.

أَمَّا إِذَا تَشَارَطُوا صَرِيحاً إِسْقَاطَ الْأَقْرَبِ لِلْقَرِيبِ، فَهُوَ مُتَّبِعٌ، وَإِنْ شَرَطُوا إِسْقَاطَ مَرْكَزِ الْقِرْطَاسِ وَمَا حَوْلَيْهِ، فَوَجْهَانِ^(١) لَأَنَّ إِسْقَاطَ الْمَرْكَزِ كَالْمُتَعَدِّرِ.

(الخَامِسَةُ): فِي جَمِيعِ هَذِهِ الشُّرُوطِ، إِذَا عَرَضَتْ نَكْبَةٌ مِنْ بَهِيمَةٍ تَغْتَرِضُ، أَوْ سَهْمٌ أَوْ قَوْسٌ يَنْكَسِرُ، فَيُعَذَّرُ صَاحِبُهُ، حَتَّى لَا يُخْتَسَبَ (و) عَلَيْهِ تِلْكَ الْمَرَّةُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَنْكِسَارُ لِسَوْءِ صَنِيعِهِ فَيُحْسَبُ عَلَيْهِ، لِيَتَعَلَّمَ، وَلَوْ أَصَابَ بِبَهِيمَةٍ، فَمَرَقَ، وَأَصَابَ الْهَدَفَ، فَيُحْسَبُ لَهُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ أَنْصَدَمَ بِشَجَرٍ، ثُمَّ وَقَعَ عَلَى قُرْبٍ، حُسِبَ عَلَيْهِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِنْ أَصَابَ، فَهَلْ يُحْسَبُ لَهُ؛ عَلَى وَجْهَيْنِ، إِذْ قَدْ يُحْمَلُ عَلَى وَفَاقٍ، وَالرَّيْحُ اللَّيْنَةُ لَا تُؤَثِّرُ (و) وَالْعَاصِفُ الْمَقْرُونُ بِأَبْتِدَاءِ الرَّمْيِ، لَا يُؤَثِّرُ (و) وَفِي أَثْنَائِهِ، هَلْ يُعَذَّرُ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَإِنْ أَنْكَسَرَ السَّهْمُ بِنِصْفَيْنِ، فَأَصَابَ بِالْمُنْقَطِعِ الَّذِي فِيهِ الْفُوقُ، حُسِبَ، وَإِنْ أَصَابَ بِالنَّضْلِ مِنْ النُّصْفِ الْأَخِيرِ، فَوَجْهَانِ، وَأَمَّا حُكْمُ هَذَا الْعَقْدِ، إِنْ قُلْنَا بِلِزُومِهِ، فَيَنْقَسِخُ بِمَوْتِ الرَّامِي، وَبِمَوْتِ الْفَرَسِ، وَلَوْ مَاتَ الْفَارِسُ، فَلِلْوَارِثِ الْإِثْمَامُ، وَيُحْتَمَلُ (و) خِلَافُهُ، وَإِنْ قُلْنَا بِالْجَوَازِ، جَازَ الْحَاقُّ الزِّيَادَةَ وَالْتَفْصَانَ بَعْدَ الْأُزْشَاقِ وَالْإِصَابَاتِ؛ بِالتَّرَاضِي، وَهَلْ يَجُوزُ الْأَسْتِنْدَادُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ.

يَجُوزُ فِي الثَّلَاثِ لِلَّذِي قَرَّبَ مِنْ أَنْ يَسْتَوِلِيَ دُونَ الْمَغْلُوبِ وَكَأَنَّ الْمَغْلُوبَ لَزِمَ فِي حَقِّهِ، أَعْنِي بِهِ مِنْ قُرْبٍ مِنْ أَنْ يُغْلَبَ، ثُمَّ إِذَا أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْآخَرُ، فَلَهُ فَسْخُ الْعَقْدِ، وَيَجُوزُ تَأْخِيرُ الرَّمْيِ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ؛ إِذْ يَجُوزُ الْإِعْرَاضُ أَصْلًا، وَلَوْ قَالَ الْمَفْضُولُ لِلْفَاضِلِ: حُطَّ فَضْلُكَ، وَلَكَ كَذَا لَمْ يَجُزْ؛ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

(١) قال الراعي: «ولو شرطوا إسقاط مركز القيرطاس وما حواليه فوجهان» قيل: قولان. [ت]

(كِتَابُ الْإِيمَانِ^(١)؛ وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ):

(الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي نَفْسِ الْيَمِينِ)

وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ تَحْقِيقِ مَا يَحْتَمِلُ الْمُخَالَفَةَ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ صِفَتِهِ، مَاضِيًا كَانَ أَوْ مُسْتَقْبَلًا، إِلَّا فِي مَعْرِضِ اللَّغْوِ، وَالْمُنَاشَدَةِ، فَيجِبُ الْكُفَّارَةُ فِي الْيَمِينِ الْغَمُوسِ، وَإِنْ كَانَ الْفِعْلُ مَاضِيًا، وَلَا يَجِبُ فِي اللَّغْوِ، وَهُوَ قَوْلُ الْعَرَبِ: لَا وَاللَّهِ، وَبَلَى وَاللَّهِ، مِنْ غَيْرِ قَصْدِ تَحْقِيقٍ، وَلَا يَجِبُ بِالْمُنَاشَدَةِ، وَهُوَ أَنْ يُقْسِمَ غَيْرُهُ عَلَيْهِ، وَلَا يَجِبُ إِذَا قَالَ عَقِيْبَةً: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَلَا فَرَقَ بَيْنَ قَوْلِهِ: بِاللَّهِ، وَتَالَهُ (و)، وَاللَّهِ، فَالْكُلُّ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ: اللَّهُ، لَأَفْعَلَنْ، كَانَ (و) يَمِينًا^(٢)، وَلَوْ قَالَ: اللَّهُ، لَمْ يَكُنْ (و) يَمِينًا، وَلَوْ حَلَفَ بِمَخْلُوقٍ، كَالنَّبِيِّ وَالْكَعْبَةِ، أَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ، فَأَنَا يَهُودِيٌّ، أَوْ بَرِيءٌ مِنَ اللَّهِ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ (م)، وَقَوْلُهُ: بِاللَّهِ، وَبِالرَّحْمَنِ، وَبِالْخَالِقِ (و) وَالرَّازِقِ (و)، وَمَا يُطْلَقُ عَلَى غَيْرِ اللَّهِ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِاللَّهِ، وَثَقْتُ بِاللَّهِ، ثُمَّ ابْتَدَأْتُ؛ لَأَفْعَلَنْ، لَمْ يُقْبَلْ (و) ظَاهِرًا^(٣)، وَفِي التَّدْيِينِ خِلَافٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: بِالْجَبَّارِ، وَالرَّحِيمِ (و)، وَالْحَقِّ، وَالْعَلِيمِ، وَالْحَكِيمِ، وَمَا يُطْلَقُ عَلَى غَيْرِ اللَّهِ أَيْضًا، فَهُوَ كِتَابَةٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ: وَحَقَّ اللَّهُ، وَحُزْمَةُ اللَّهِ^(٤).

وَلَوْ قَالَ: وَقُدْرَةُ اللَّهِ، وَعِلْمُهُ، وَكَلَامُهُ، فَهُوَ كِتَابَةٌ (و)؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ إِذْ يُرَادُ بِالْقُدْرَةِ

(١) الإيمان لغة: جمع يمين وهو القوة، وفي الصحاح اليمين القسم، والجمع الايمن والأيمان.

ينظر: الصحاح ٢٢٢١/٦، المصباح المنير ١٠٥٧/٢، والمغرب ٣٩٩/٢، لسان العرب ٤٦٢/٣ القاموس المحيط ٢٨١/٤. اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: عقد قوي به عزم الحالف على فعل شيء أو تركه.

وعرفه الشافعية بأنه: تحقيق غير ثابت ماضياً كان أو مستقبلاً نفياً أو إثباتاً ممكناً أو ممتنعاً صادقة أو كاذبة على العلم بالحال أو الجهل به.

وعرفه المالكية بأنه: تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته.

وعرفه الحنابلة بأنه: توكيد حكم أي: محلوف عليه بذكر معظم أو هو المحلوف به على وجه مخصوص.

انظر: تبين الحقائق ١٠٧/٣، شرح فتح القدير ٢/٤، المحلى على المنهاج ٣٧٠/٤، حاشية الدسوقي ١١٢/٢، شرح منتهى الإرادات ٤١٩/٣.

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: الله لأفعلن كان يميناً هذا وجه والأظهر أنه لا يكون يميناً إلا بالنية. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فلو قال: أردت بالله وثقت بالله ثم ابتدأت لأفعلن لم يقبل ظاهراً» روى الأكثرون أنه يقبل. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وكذا قوله: وحق الله، وحرمة الله» هذا وجه والأظهر أن كل واحد منهما يمين، وإن أطلق، وإنما ينصرفان عن اليمين إذا نوى بهما غير اليمين. [ت]

الْمَقْدُورُ، وَهَذَا الْوَجْهُ فِي قَوْلِهِ: وَجَلَّالَ اللهُ، وَعَظَمَتِهِ، وَكِبَرِيَّاتِهِ أَبَعْدُ، وَلَوْ قَالَ: بَلَّهَ عَلَى قَصْدِ التَّلْيِيسِ، وَهِيَ الرُّطُوبَةُ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ، وَإِنْ نَوَى الْيَمِينَ أَنْعَقَدَ، وَحُمِلَ حَذْفُ الْأَلِفِ عَلَى اللَّحْنِ، وَلَوْ قَالَ: بِالشَّيْءِ وَالْمَوْجُودِ، وَأَرَادَ بِهِ الْإِلَهَ سُبْحَانَهُ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ (و)؛ وَكَذَا كُلُّ مَا لَا تَعْظِيمَ فِيهِ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْسِمُ، أَوْ أَخْلِفُ بِاللَّهِ، أَوْ أَقْسَمْتُ بِاللَّهِ، وَنَوَى الْوَعْدَ أَوْ الْإِخْبَارَ، قِيلَ، وَمُطْلَقُهُ يُنْزَلُ عَلَى الْيَمِينِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(١)؛ وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: أَشْهَدُ^(٢)، وَفِي لُزُومِ الْكُفَّارَةِ بِهِ عَلَى الْمَلَاعِنِ وَجْهَانِ؛ كَمَا فِي الْإِلَاءِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ وَأَيْمُ اللهُ^(٣).

وَقِيلَ: إِنَّهُ صَرِيحٌ.

وَقَوْلُهُ: لَعَنَ اللهُ كِتَابِيَّةً، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(فَرَعَ): إِذَا قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ كَذَا، فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَلَاةٌ، لَزِمَهُ الْوَفَاءُ، عَلَى قَوْلِ (و)؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ شَفَى اللهُ مَرِيضِي، أَوْ ذَكَرَ حُصُولَ نِعْمَةٍ، أَوْ دَفَعَ بَلَاءَةً.

وَعَلَى قَوْلِ (ح)، يَلْزِمُهُ كُفَّارَةُ يَمِينٍ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الْمَنْعَ، وَيَجْرِي فِي كُلِّ مَا يُقْصَدُ امْتِنَاعُهُ.

وَعَلَى قَوْلِ (و): يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْوَفَاءِ (ح) وَالْكَفَّارَةِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ، فَعَلَيَّ نَذْرٌ فَهُوَ كَقَوْلِهِ: عَلَيَّ عِبَادَةٌ، إِنْ أَوْجَبْنَا الْوَفَاءَ، وَعَلَيْهِ تَغْيِيغُ عِبَادَةٍ، يَلْزَمُ مِثْلُهَا بِالنَّذْرِ، وَإِنْ فَوَعْنَا عَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ، فَعَلَيْهِ كُفَّارَةُ يَمِينٍ، نَصَّ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: فَعَلَيَّ يَمِينٌ، فَهُوَ لَغَوٌ.

وَقِيلَ: عَلَيْهِ كُفَّارَةُ يَمِينٍ.

وَلَوْ قَالَ: مَالِي صَدَقَةٌ، فَهُوَ لَغَوٌ.

وَقِيلَ: هُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ.

وَقِيلَ: هُوَ كَجَعْلِ الشَّاةِ ضَحِيَّةً، فَتَصِيرُ صَدَقَةً، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَغَوٌ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي الْكُفَّارَةِ)

(وَالْتَّظَرُّ فِي السَّبَبِ، وَالْكِفِيَّةِ، وَالْمُلْتَزِمِ، أَمَّا السَّبَبُ، فَهُوَ الْيَمِينُ (ح)، وَلَكِنْ يُوجِبُ عِنْدَ الْحَنْثِ^(٤)، وَقَائِدُهُ أَنَّهُ يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا (ح) بَعْدَ الْيَمِينِ عَلَى الْحَنْثِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْكُفَّارَةُ صَوْمًا، أَوْ كَانَ الْحَنْثُ مَخْطُورًا، فَبَيْنَهُمَا وَجْهَانِ، وَيَجُوزُ كُفَّارَةُ الْقَتْلِ بَيْنَ الْجُزْحِ وَالْمَوْتِ، وَكُفَّارَةُ الظَّهَارِ بَيْنَ

(١) قال الراعي: «ومطلقه ينزل على اليمين على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

(٢) قال الراعي: «وكذلك قوله: أشهد بالله» الأظهر أنه ليس بيمين عند الإطلاق. [ت]

(٣) قال الراعي: «وكذلك قوله: «وأيم الله» الأظهر أنه ليس بيمين عند الإطلاق. [ت]

(٤) قال الراعي: «أما السبب فهو اليمين، ولكن يوجب عند الحنث هذا وجه، والأظهر أن سبب الكفارة اليمين والحنث جميعاً. [ت]

الظَّهَارِ وَالْعَوْدِ، وَالْحِنْثُ لَا يَحْرُمُ بِالْيَمِينِ، لَكِنَّ الْأَوَّلَىٰ أَلَّا يَخْنَثَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْخَيْرُ فِي الْحِنْثِ.
وَقِيلَ: الْأَوَّلَىٰ أَنْ يَخْنَثَ.
وَقِيلَ: يَنْخَيْرُ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْكَفَّارَةِ)، وَهُوَ عِنْتُ رَقَبَةٍ، أَوْ إِطْعَامُ عَشْرَةِ أَمْدَادٍ لِعَشْرَةِ مَسَاكِينٍ، أَوْ كِسْوَتُهُمْ، فَإِنْ عَجَزَ، فَصَوْمُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَلَا يَجِبُ (ح) التَّائِبُ، وَيَكْفِي فِي الْكُسُوفِ ثَوْبٌ وَاحِدٌ؛ إِزَارٌ، أَوْ سَرَاوِيلُ (ح م و)، أَوْ قَمِيصٌ (ح م و)، وَيَكْفِي مَا يُوَارِي الرِّضِيعَ، إِذَا أَخَذَ الْوَلِيُّ لَهُ، وَإِنْ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ، فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ الْقَدْرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْمَخِيطُ، وَلَا الْجَدِيدُ، بَلْ يُجْزَى الْمُسْتَعْمَلُ، إِلَّا إِذَا تَخَرَّقَ بِالِاسْتِعْمَالِ، أَوْ قَارَبَ الْأَنْمِحَاقَ، وَيَجُوزُ مِنَ الصُّوفِ وَالْكَثَّانِ وَالْكِزْبَاسِ وَالْإِبْرَنَسِمِ، وَفِي الدُّرْعِ وَجْهَانِ، وَفِي الشَّمَشَقِ وَالْقَلَنْسُوفَةِ وَالْخُفِّ وَجْهَانِ، فَالظَّاهِرُ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ أَنَّ النَّعْلَ كَالشَّمَشَقِ، لَا كَالْمِنْطَقَةِ؛ فَإِنَّهَا لَا تُجْزَى.

(النَّظَرُ الثَّالِثُ: فِي الْمُتَلَزَمِ)، وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ حِنْثَ، حُرّاً كَانَ أَوْ عَبْدًا، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا (ح)، بَقِيَ حَيًّا أَوْ مَاتَ (ح)، لَكِنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الصَّوْمُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالتَّمْلِكِ (و)، وَلِلسَّيِّدِ الْمَنْعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ عَلَى التَّرَاجِي، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَوِيًّا؛ بِحِنْثٍ لَا تَمْتَنِعُ الْخِدْمَةُ، وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ، وَيَكْسُوَ بَعْدَ مَوْتِهِ، إِذْ لَا رِقَّ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَفِي الْإِعْتَاقِ عَنْهُ وَجْهَانِ.

وَالْمَيْتُ يُعْتَقُ عَنْهُ وَارِثُهُ مِنْ مَالِهِ فِي الْكَفَّارَةِ الْمُرْتَبَةِ، وَفِي الْمُخَيَّرِ يُطْعِمُ وَيَكْسُو، وَفِي الْإِعْتَاقِ وَجْهَانِ، وَالْأَجْنَبِيُّ لَا يُعْتَقُ (و) عَنْهُ مُتَبَرِّعًا، وَفِي الْإِطْعَامِ وَالْكُسُوفِ وَجْهَانِ^(١)، وَالْوَارِثُ يَتَبَرَّعُ بِغَيْرِ الْعِنْتِ، وَفِي الْعِنْتِ وَجْهَانِ^(٢)، وَفِي صَوْمِ الْوَلِيِّ عَنْهُ خِلَافٌ^(٣)؛ وَصَوْمُ الْأَجْنَبِيِّ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَبٍ عَلَيْهِ، وَأَوَّلَىٰ بِالْمَنْعِ.

وَلَوْ أَوْصَىٰ فِي الْكَفَّارَةِ الْمُخَيَّرَةِ بِالْعِنْتِ، وَزَادَ قِيَمَةَ الْعَبْدِ عَلَى الطَّعَامِ^(٤)، فَفِي وَجْهِ يُخَسَّبُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

وَفِي وَجْهِ مِنَ الثَّلَاثِ.

وَفِي وَجْهِ: قُدِّرَ قِيَمَةُ الطَّعَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَالزِّيَادَةُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ يُكْفَرُ بِالْمَالِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ، أَنَّهُ كَالْعَبْدِ؛ لَا يُكْفَرُ إِلَّا بِالصَّوْمِ.

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَالْأَجْنَبِيُّ لَا يِعْتَقُ عَنْهُ مُتَبَرِّعًا وَفِي الْإِطْعَامِ وَالْكُسُوفِ وَجْهَانِ» الْمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي الْوَصَايَا مَعَ طَرْدِ الْوَجْهَيْنِ فِي الْإِعْتَاقِ. [ت]

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَالْوَارِثُ يَتَبَرَّعُ بِغَيْرِ الْعِنْتِ وَفِي الْعِنْتِ وَجْهَانِ» قَدْ سَبَقَتِ الْمَسْأَلَةُ فِي الْوَصَايَا أَيْضًا، لَكِنْ أَجَابَ بِالْجَوَازِ فِي الْعِنْتِ وَغَيْرِهِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْخِلَافِ. [ت]

(٣) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَفِي صَوْمِ الْوَلِيِّ عَنْهُ خِلَافٌ» الصُّورَةُ مَذْكُورَةٌ فِي الصُّومِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْكَفَّارَاتِ. [ت]

(٤) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَوْصَىٰ فِي الْكَفَّارَةِ الْمُخَيَّرَةِ بِالْعِنْتِ وَزَادَ قِيَمَةَ الْعَبْدِ عَلَى الطَّعَامِ» الْمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي الْوَصَايَا مِنْ غَيْرِ حِكَايَةِ الْوَجْهِ فِيهَا. [ت]

(الْبَابُ الثَّالِثُ: فِيمَا يَقَعُ بِهِ الْحِنْثُ)

وَيَتَّبِعُ فِيهِ مُوجِبُ الْأَلْفَاطِ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ:

(النُّوعُ الْأَوَّلُ): مَا يَتَعَلَّقُ بِدُخُولِ الدَّارِ، فَإِذَا حَلَفَ عَلَيْهِ، لَمْ يَحْنَثْ (ح و ز) بِصُعُودِ السَّطْحِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْخُرُوجِ، لَمْ يَبْرَأْ أَيْضاً بِالصُّعُودِ (و)، وَيَحْنَثُ بِدُخُولِ الدَّهْلِيْزِ (و)، وَلَا يَحْنَثُ بِدُخُولِ (و) الطَّاقِ خَارِجَ الْبَيْتِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ، وَهُوَ فِي الدَّارِ، لَمْ يَحْنَثْ (و) بِالْمَقَامِ [ح]^(١)، وَلَوْ قَالَ: لَا أَزْكَبُ وَهُوَ رَاكِبٌ، أَوْ لَا أَلْبَسُ، وَهُوَ لَا يَسُ، حِنْثٌ بِالِاسْتِدَامَةِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ بَيْتاً، حِنْثٌ بِبَيْتِ الشَّعْرِ وَالْجِلْدِ وَالْخَيْمَةِ، إِنْ كَانَ بَدَوِيّاً، وَفِي الْبَلَدِيِّ وَجْهَانِ؛ مَأْخُذُهُمَا أَنَّهُ يُزَعَى عُزْفٌ وَاضِعُ اللِّسَانِ، أَوْ عُزْفُ الْحَالِفِ وَفَهْمُهُ؟ وَلَوْ قَالَ: (درخانه نسوم)، لَمْ يَحْنَثْ (و) بِبَيْتِ الشَّعْرِ، إِذَا لَمْ يَنْبُثْ هَذَا الْعُزْفُ فِي الْفَارِسِيَّةِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ، فَمَكَتْ سَاعَةً، حِنْثٌ [ح]^(٢)، وَإِنْ كَانَ (م) دُونَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَكَذَا لَوْ أَخْرَجَ أَهْلَهُ وَمَكَتْ، وَلَوْ خَرَجَ وَتَرَكَ أَهْلَهُ، بَرَأَ، وَلَوْ أَنْتَهَضَ لِنَقْلِ الْأَمْتِعَةِ، كَمَا يَغْتَادُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَسَاكِنُ فَلَاناً، وَفَارَقَهُ فَلَانٌ، لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ كَانَ فِي خَانٍ، وَأَنْفَرَدَ بِبَيْتٍ، لَمْ يَحْنَثْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَنْفَرَدَ بِبَيْتٍ فِي دَارٍ يَحْنَثُ، وَلَوْ أَنْفَرَدَ بِحُجْرَةٍ فِي دَارٍ طَرَفُهَا عَلَى الدَّارِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ مِنْ دَارٍ، فَأَنْتَهَضَ لِبِنَاءِ الْجِدَارِ، حِنْثٌ بِالْمَكْتِ عَلَى الصَّحِيحِ (و).

(النُّوعُ الثَّانِي: أَلْفَاطُ الْأَكْلِ وَالشَّرْبِ)، فَإِذَا قَالَ: لَا أَشْرَبُ مَاءَ هَذِهِ الْإِدَوَاتِ، لَمْ يَحْنَثْ (م) إِلَّا بِالْجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبُ، لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا بِالْجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبُ مَاءَ هَذَا النَّهْرِ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ فِي الْحَالِ؛ لِعُسْرِ الْبَرِّ، وَقِيلَ: يَبْرَأُ بِشَرْبِ الْبَغْصِ هَلْهَنًا، وَلَوْ قَالَ: لَا أَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ عَدَاً، فَفِي لُزُومِ الْكَفَّارَةِ قَبْلَ الْغَدِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبُ مِنْ مَاءِ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ، وَلَا مَاءَ فِيهَا، لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ فِي الْحَالِ؛ كَقَوْلِهِ: لَا أَقْتُلَنَّ فَلَاناً، وَعَلِمَ أَنَّهُ مَيِّتٌ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ اللَّخْمَ وَالْعَنْبَ، لَمْ يَحْنَثْ (م) إِلَّا بِجَمْعِهِمَا، وَالْوَاوُ الْعَاطِفَةُ تَجْعَلُ الْجَمِيعَ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ الرَّأْسَ، لَمْ يَحْنَثْ (م) بِرَأْسِ الطَّيْرِ وَالسَّمَكِ، وَيَحْنَثُ بِرَأْسِ الْإِبِلِ (و) وَالْبَقَرِ، وَلَا يَحْنَثُ (و) بِرَأْسِ الطَّبَّاءِ إِلَّا إِذَا أُغْتِيَدَ أَكْلُهُ فِي مَوْضِعٍ، فَيَحْنَثُ مَنْ حَلَفَ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَفِي غَيْرِ أَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْبَيْضِ، لَمْ يَحْنَثْ بِبَيْضِ السَّمَكِ وَالْعُصْفُورِ^(٣)، وَيَحْنَثُ بِبَيْضِ النَّعَامِ، وَلَوْ حَلَفَ

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) قال الرافعي: ولو حلف على البيض لم يحنث بببيض السمك والعصفور والظاهر في العصفور أنه يحنث.

[ت]

عَلَى الْخُبْزِ، لَمْ يَخْنَثْ بِخُبْزِ الْأَرْضِ إِلَّا بِطَبْرِسْتَانَ^(١)، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى اللَّحْمِ، لَمْ يَخْنَثْ بِالشَّحْمِ، وَيَخْنَثُ بِالسَّمِينِ، وَفِي الْأَلْيَةِ وَالسَّنَامِ وَجْهَانِ، وَلَا يَخْنَثُ بِالْأَمْعَاءِ وَالْكَرْشِ، وَفِي الْقَلْبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الزُّبْدِ، لَمْ يَخْنَثْ بِالسَّمْنِ، وَفِي عَكْسِهِ خِلَافٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى السَّمْنِ، لَمْ يَخْنَثُ بِالْأَدْهَانِ، وَفِي عَكْسِهِ خِلَافٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْجَوْزِ، حَيْثُ بِالْهِنْدِيِّ، وَعَلَى التَّمْرِ، لَا يَخْنَثُ بِالْهِنْدِيِّ^(٢)، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَأْكُلُ، لَمْ يَخْنَثْ بِالشُّرْبِ، وَكَذَا عَكْسُهُ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَأْكُلُ السُّكَّرَ، فَوُضِعَ فِي فِيهِ، حَتَّى ذَابَ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْعَنْبِ، لَمْ يَخْنَثْ بِعَصِيرِهِ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى السَّمْنِ، لَمْ يَخْنَثْ، إِذَا جَعَلَهُ فِي عَصِيدَةٍ، وَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ أَثَرٌ، وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ أَثَرٌ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَفِي الْخَلِّ إِذَا جَعَلَهُ فِي السَّكْبَاجِ^(٣) وَجْهَانِ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ لَا يَخْنَثُ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَذُوقُ، فَأَذْرَكَ طَعْمَهُ وَمَجَّهَ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْفَاكِهَةِ، حَيْثُ بِالْعَنْبِ (ح) وَالزُّمَانِ (ح)، وَلَا يَخْنَثُ (و) بِالْقِنَاءِ، وَفِي الْبُطِيخِ تَرْدُدٌ، وَيَخْنَثُ بِبَاسِ الْفَوَاكِهِ، وَفِي اللَّبُوبِ تَرْدُدٌ، وَلَوْ حَلَفَ، لَا يَأْكُلُ الْبَيْضَ، ثُمَّ حَلَفَ أَنْ يَأْكُلَ مِمَّا فِي كُمِّ فَلَانٍ، فَإِذَا هُوَ بَيْضٌ، فَاتَّخَذَ مِنْهُ النَّاطِفُ^(٤)، فَأَكَلَ مِنْهُ، فَقَدْ أَكَلَ مِمَّا فِي كُمِّهِ، وَلَمْ يَأْكُلِ الْبَيْضَ، فَيَبْرُ فِي الْبَيْمَتَيْنِ.

(النُّوعُ الثَّلَاثُ: فِي الْعُقُودِ)، فَإِذَا حَلَفَ عَلَى مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ، لَا يَخْنَثُ بِمَا مَلَكَهُ بِهِ، أَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِإِقَالَةٍ، أَوْ رَدَّ بَعِيْبٍ أَوْ قِسْمَةٍ، وَمَا مَلَكَهُ بِالسَّلَمِ أَوْ الصُّلْحِ عَنِ الدِّينِ، فَهُوَ كَالْمُشْتَرَى، وَالْمَاخُودُ بِالشَّفْعَةِ لَيْسَ بِمُشْتَرَى، وَلَوْ اشْتَرَى زَيْدٌ وَعَمَرُوهُ، فَأَكَلَ مِنْهُ، لَمْ يَخْنَثْ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ خَلَطَ مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ بِمَا اشْتَرَاهُ عَمَرُوهُ، حَيْثُ، إِذَا أَكَلَ مِنَ الْمُخْتَلِطِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْتَرِي، وَلَا أَتَزَوَّجُ، فَوَكَّلَ، وَعَقَدَ الْوَكِيلُ، لَمْ يَخْنَثْ (م و)، وَكَذَا لَوْ قَالَ الْأَمِيرُ: لَا أَضْرِبُ، فَأَمَرَ الْجَلَادَ، وَإِنْ تَوَكَّلَ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، لَمْ يَخْنَثْ فِيْمَا أَضَافَهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ^(٥)؛ وَفِيْمَا نَوَى لِمُوَكَّلِهِ، يَخْنَثُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكَلْتُ عَبْدًا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ، فَأَشْتَرَى وَكِيْلُ زَيْدٍ، لَمْ يَخْنَثْ، إِنْ كَلَّمَهُ، وَكَذَا فِي امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا زَيْدٌ، لَا يَخْنَثُ، إِذَا قِيلَ وَكِيْلُ زَيْدٍ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكَلْتُ زَوْجَةَ زَيْدٍ، حَيْثُ بِهَذَا، وَلَوْ قَالَ: لَا أَبِيعُ الْخَمْرَ، فَبَاعَ (و ح)، أَوْ لَا أَبِيعُ مَالَ امْرَأَتِي بِغَيْرِ إِذْنِهَا، فَبَاعَ، لَمْ يَخْنَثْ (ح و ز م)؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِبَيْعِ حَقِيقَةٍ، وَالْفَاسِدُ لَيْسَ (ح م) بِعَقْدٍ إِلَّا إِذَا حَلَفَ أَلَّا يَحْجُجَ، يَخْنَثُ بِالْفَاسِدِ؛ لِأَنَّهُ مُنْعَقِدٌ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَهَبُ مِنْهُ، حَيْثُ بِالتَّصَدُّقِ عَلَيْهِ (ح و) بِالرُّقْبَى (و)، وَالْعُمَرَى (و)، وَبِالْوَقْفِ أَيْضًا، إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ الْمُؤَقِّفُ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَتَصَدَّقُ، لَمْ يَخْنَثْ (و) بِالْهَبَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا مَالَ لِي،

(١) قال الرافعي: «ولو حلف على الخبز لم يحنث بخبز الأرض إلا بـ «طبرستان» هذا وجه، والصحيح أنه

يحنث به في جميع البلاد. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو حلف على الجوز حنث بالهندي وعلى التمر لا يحنث بالهندي» ويشبه أن يرجع ما في

التهديب وهو التسوية بينهما في عدم الحنث. [ت]

(٣) السكباج: طعام يعمل من اللحم والخل مع توابل وأفوايه وهو معرب. ينظر: المعجم الوسيط ٤٣٨/١.

(٤) الناطف: ضرب من الحلوى يصنع من اللوز والجوز والفستق. ينظر: المعجم الوسيط ٩٣٠/٢ - ٩٣١.

(٥) قال الرافعي: «وأن يوكل في هذه العقود لم يحنث فيما أضافه إلى الموكل» الأشبه أنه يحنث. [ت]

حَيْثُ يَكُلُّ مَالَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ زَكَايَا (ح)، وَيَحْنُثُ إِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى مُعْسِرٍ، مُوَجَّلًا أَوْ مُعَجَّلًا، وَيَحْنُثُ إِنْ كَانَ لَهُ عَبْدٌ أَيْقٍ أَوْ مُدَبَّرٌ، وَفِي الْمَكَاتِبِ وَأُمُّ الْوَلَدِ خِلَافٌ، وَلَا يَحْنُثُ إِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَنَفَعَةَ دَارٍ بِالْإِجَارَةِ.

(النَّوْغُ الرَّابِعُ: فِي الْإِضَافَاتِ وَالصِّفَاتِ)، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ، لَمْ يَحْنُثْ (ح م) بِدُخُولِ مَنْكِبِهِ الَّذِي لَا يَمْلِكُهُ، وَيَحْنُثُ بِدُخُولِ دَارِهِ الَّذِي لَا يُسْكَنُ، وَمُطْلَقُ الْإِضَافَةِ لِلْمَلِكِ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَدْخُلُ مَنْكِبَهُ، حَيْثُ بِدُخُولِ مَنْكِبِهِ الْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ، وَفِي الْمَغْضُوبِ وَجْهَانِ، وَفِي مِلْكِهِ الَّذِي لَا يَسْكُنُهُ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ، وَفِي الثَّالِثِ يَحْنُثُ، إِنْ كَانَ قَدْ سَكَنَهُ يَوْمًا، وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ هَذِهِ، فَبَاعَهَا زَيْدٌ، ثُمَّ دَخَلَ، حَيْثُ (و) تَغْلِيْبًا لِلإِشَارَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ لَحْمَ هَذِهِ الْبَقَرَةِ، وَأَشَارَ إِلَى سَخْلَةٍ، حَيْثُ بِلَحْمِهَا؛ تَغْلِيْبًا لِلإِشَارَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ هَذَا الْبَابَ، فَحَوَّلَ الْبَابَ إِلَى مَنَفَعَةٍ آخَرَ، فَثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ.

فِي وَجْهِ: لَا يَحْنُثُ بِدُخُولِ وَاحِدٍ مِنَ الْمَنَفَعَيْنِ؛ حَتَّى يَجْتَمِعَ الْبَابُ وَالْمَنَفَعَةُ الْمُشَارُ إِلَيْهِ.

وَفِي وَجْهِ: يَحْنُثُ بِالْمَنَفَعَةِ الْأُولَى.

وَفِي وَجْهِ يَحْنُثُ بِالْبَابِ الْمَنَفُودِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ بَابَ هَذِهِ الدَّارِ، وَلَمْ يُعَيِّنِ الْبَابَ، فَفُتِحَ بَابُ جَدِيدٍ، فَفِي حِنْثِهِ بِدُخُولِ الْبَابِ الْجَدِيدِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الدُّخُولِ، فَتَزَلَّ إِلَى الدَّارِ مِنَ السَّطْحِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَزْكَبُ دَابَّةَ الْعَبْدِ، لَمْ يَحْنُثْ (ح) إِلَّا بِمَا يَمْلِكُهُ (و) بَعْدَ الْعَتَقِ، إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُ بِالتَّغْلِيلِ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَزْكَبُ سَرْجَ دَابَّةٍ، حَيْثُ بِمَا هُوَ مُنْسُوبٌ إِلَيْهَا؛ بِخِلَافِ الْعَبْدِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ مَا مِنْ يَهْ فَلَانٌ عَلَيَّ، أَوْ مَا غَزَلْتُ فَلَانَةً، يُحْمَلُ عَلَى الْمَوْهُوبِ، وَالْمَغْزُولِ فِي الْمَاضِي، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ ثَوْبًا مِنْ غَزَلِهَا، حُمِلَ عَلَى الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ، وَلَوْ لَيْسَ مَا خِيطَ بِغَزَلِهَا، لَمْ يَحْنُثْ، وَكَذَلِكَ لَوْ لَيْسَ مَا سَدَاهُ مِنْ غَزَلِهَا، دُونَ اللَّحْمَةِ، لَمْ يَحْنُثْ، إِذَا ذَكَرَ الثَّوْبَ فِي الْيَمِينِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ ثَوْبًا، فَازْتَدَى بِقَمِيصِي، أَوْ أَتَزَرَ، حَيْثُ، وَلَوْ فَرَشَ، وَرَقَدَ عَلَيْهِ، لَمْ يَحْنُثْ، وَلَوْ تَدَثَّرَ بِهِ، فَفِيهِ نَظَرٌ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ قَمِيصًا، فَازْتَدَى بِقَمِيصِي، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ فَتَقَهُ، وَأَتَزَرَ بِهِ، لَمْ يَحْنُثْ، وَلَوْ قَالَ: هَذَا الْقَمِيصُ، ثُمَّ أَتَزَرَ بِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَحْنُثَ، وَيَجْرِيَانِ فِيمَا لَوْ فَتَقَهُ تَغْلِيْبًا لِلإِشَارَةِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ لَحْمَ هَذِهِ السَّخْلَةِ، فَكَبِّرَتْ، أَوْ لَا أَكْلَمُ هَذَا الْعَبْدَ، فَعَتَقَ، أَوْ هَذَا الرُّطْبَ، فَتَمَتَّرَ، أَوْ هَذِهِ الْحِنْطَةَ، فَطَحَنَتْ، فَفِيهَا وَجْهَانِ؛ لِتَقَابُلِ الْإِشَارَةِ وَالصِّفَةِ.

وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَخْرُجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَأُذِنَ بِحَيْثُ [لَمْ] يَسْمَعَ الْمَأْذُونَ، فَوَجْهَانِ^(١)، وَإِنْ خَرَجَتْ

(١) قال الرافعي: «ولو حلف لا يخرج بغير إذنه فأذن بحيث لم يسمع المأذون له فوجهان» قيل فيه قولان: منصوص، وهو أنه لا يحنث ومخرج. [ت] في «ط» من الوجيز «بحيث يسمع» والصواب المثبت.

مَرَّةً بِإِذْنِهِ، أَنْحَلَّ (ح و) اليمينُ، فَلَا يَخْنَثُ بَعْدَهُ.

وَلَوْ قَالَ: لَا تَخْرُجْ بغيرِ خُفٍّ، فَخَرَجَتْ بِخُفٍّ، لَمْ يَنْحَلَّ اليمينُ^(١).

(النَّوْعُ الْخَامِسُ: فِي الْكَلَامِ)، وَلَوْ قَالَ: وَاللهِ لَا أَكَلْتُكَ، فَتَنَعَ عَنِّي، حَيْثُ يَقُولُهُ: تَنَعَ عَنِّي؛ وَكَذَا (ح) لَوْ شَتَمَهُ، وَلَوْ كَاتَبَهُ، لَمْ يَخْنَثْ (م و)، وَلَا يَخْنَثُ بِالْإِشَارَةِ الْمُفْهِمَةِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْمُهَاجِرَةِ، فِي الْمَكَاتِبِ تَرَدُّدًا، وَلَوْ حَلَفَ: لَا يَتَكَلَّمُ، حَيْثُ يَتَزَيَّدُ الشَّعْرَ مَعَ نَفْسِهِ، وَلَا يَخْنَثُ بِالتَّهْلِيلِ وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، وَلَوْ قَالَ: لِأَتَيْنَنَّ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى بِأَحْسَنِ الثَّنَاءِ، فَلْيَقُلْ: لَا أَحْصِي ثَنَاءً عَلَيْكَ؛ أَنْتَ كَمَا أَتَيْتَ عَلَى نَفْسِكَ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي، ثُمَّ تَحَرَّمَ بِالصَّلَاةِ، حَيْثُ، وَإِنْ أَفْسَدَهَا بَعْدَ ذَلِكَ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَخْنَثُ إِلَّا بِصَلَاةٍ تَامَةٍ.

(النَّوْعُ السَّادِسُ: فِي تَأْخِيرِ الْحِنْثِ وَتَقْدِيمِهِ)، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلَنَّ هَذَا الطَّعَامَ غَدًا، وَأَخَّرَ، حَيْثُ، وَإِنْ تَلَفَ الطَّعَامُ قَبْلَ الْغَدِ، أَوْ مَاتَ الْحَالِفُ، فَقَدْ تَعَذَّرَ الْبِرُّ، لَا بِاخْتِيَارِهِ، فَيُخْرَجُ عَلَى قَوْلِي الْإِكْرَاهِ، وَلَوْ تَلَفَ فِي أَثْنَاءِ الْغَدِ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَكْلِ، فَلَزُومُ الْكَفَّارَةِ يُلْتَفَتُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ مَنْ مَاتَ، وَلَمْ يُصَلِّ فِي أَثْنَاءِ الْوَقْتِ، هَلْ يَعْصِي؟ وَلَوْ قَالَ: لَا أَقْضِيَنَّ حَقَّكَ غَدًا، فَأَبْرَأُهُ الْمُسْتَحِقُّ، فَقَدْ فَاتَ الْبِرُّ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُسْتَحِقُّ، وَقِيَ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْوَرَثَةِ، وَإِنْ مَاتَ الْحَالِفُ، فَقَدْ فَاتَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، فَعَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُ الْحِنْثِ بَعْدَ الْمَوْتِ، إِذَا سَبَقَ الْيَمِينُ فِي الْحَيَاةِ، وَإِنْ قَالَ: لَا أَقْضِيَنَّ حَقَّكَ عِنْدَ رَأْسِ الْهِلَالِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُخْصِرَ الْمَالَ وَيَتَرَصَّدَ، فَإِنْ سَلَّمَ قَبْلَ الْهِلَالِ أَوْ بَعْدَهُ، حَيْثُ (ح م).

وَقِيلَ: لَهُ فَسْحَةٌ فِي تِلْكَ اللَّيْلَةِ وَيَوْمِهَا.

وَلَوْ قَالَ لَا أَقْضِيَنَّ حَقَّكَ إِلَى جِينٍ، لَمْ يَخْنَثْ (ح م) بِالتَّأْخِيرِ إِلَى أَنْ يَفُوتَ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَحَقَّقُ الْحِنْثُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ بَعْدَ جِينٍ، حَيْثُ بَعْدَ لَحْظَةٍ.

(النَّوْعُ السَّابِعُ: فِي الْخُصُومَاتِ)، فَلَوْ قَالَ: لَا أَرَى مُنْكَرًا إِلَّا رَفَعْتُهُ إِلَى الْقَاضِي، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْبِدَارُ، بَلْ عُمُرُهُ وَعُمُرُ الْقَاضِي مُهْلَتُهُ، وَهَلْ يُحْمَلُ عَلَى الْقَاضِي الْمَوْجُودِ فِي الْوَقْتِ، أَوْ عَلَى الْجِنْسِ؟ وَجَهَانِ^(٢)، وَلَوْ عَيَّنَ الْقَاضِي، فَعَزَلَ، فِيهِ الرِّفْعُ إِلَيْهِ بَعْدَهُ خِلَافًا، وَلَوْ بَادَرَ، فَمَاتَ الْقَاضِي قَبْلَ الْإِنْتِهَاءِ إِلَى مَجْلِسِهِ، قِيلَ: لَا يَخْنَثُ.

وَقِيلَ: يُخْرَجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي قَوَاتِ الْبِرِّ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

(١) قال الرافي: «ولو قال: لا تخرج بغير خف فخرجت بخف لم تنحل اليمين» الأقوى الانحلال كما في الصورة السابقة. [ت]

(٢) قال الرافي: «وهل يحمل على القاضي الموجود في الوقت، أو على الجنس؟ فيه وجهان» ويقال: قولان. [ت]

وَلَوْ رَأَى الْمُتَكَبِّرَ بَعْدَ أَطْلَاعِ الْقَاضِي، فَقَدْ قِيلَ: فَاتَ الْبُرُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

وَقِيلَ: يَبْرُ بِالرَّفْعِ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِغْلَامٌ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يُفَارِقُ غَرِيمَهُ، فَفَارَقَهُ الْغَرِيمُ، فَلَمْ يَتَّبِعْهُ، لَمْ يَخْنَثْ؛ وَكَذَا لَوْ كَانَا يَتَمَاشِيَانِ، فَمَشَى الْغَرِيمُ، وَوَقَفَ؛ لِأَنَّ الْمُفَارِقَ هُوَ الْغَرِيمُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: لَا يَفْتَرِقُ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لِيَضْرِبَهُ مِائَةَ خَشْبَةٍ، حَصَلَ الْبُرُ بِأَنْ يُضْرَبَ بِعِشْكَالٍ عَلَيْهِ مِائَةُ شِمْرَاحٍ، وَإِنْ قُلَّ الْأَكْمُ، وَيَتَّبِعِي أَنْ يَنْكَبِسَ جَمِيعُ السَّمَارِيخِ، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَمَسَّ أَحَادُهَا بَدَنَهُ، وَلَا بِأَسَ بِحَائِلٍ لَا يَمْنَعُ أَضْلَهَا مِنَ الضَّرْبِ، وَلَوْ شَكَّ فِي الثَّقِيلِ وَالْأَنْكَبَاسِ، لَا يَخْنَثُ؛ لِأَنَّ الضَّرْبَ سَبَبُ ظَاهِرٍ فِي الْأَنْكَبَاسِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ الدَّارَ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ، فَدَخَلَ، وَمَاتَ زَيْدٌ، وَلَمْ يَعْرِفْ مَشِيئَتَهُ، حَيْثُ (ح م)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْمَشِيئَةِ، وَلَيْسَ لَهَا سَبَبُ ظَاهِرٌ.

وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى مِائَةِ سَوْطٍ بَدَلَ الْخَشْبَةِ، لَمْ يَكْفِهِ (و) السَّمَارِيخُ، بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ مِائَةَ سَوْطٍ، وَيَضْرِبَ دَفْعَةً وَاحِدَةً، (وَلْتَقْتَصِرْ) عَلَى هَذَا الْقَدْرِ؛ فَإِنَّ أَمْثَالَ هَذِهِ الصُّورَةِ لَا تَنْحَصِرُ النَّبْتَ.

(خَاتِمَةٌ)

كُلُّ مَا عُلِّقَ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ، فَإِذَا حَصَلَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ؛ إِمَّا بِالْإِكْرَاهِ، أَوْ بِالسُّبْتَانِ، وَإِمَّا بِالْجَهْلِ، فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَصُورَةُ الْجَهْلِ؛ أَنْ يَقُولَ: لَا أَسْلَمُ عَلَى زَيْدٍ، ثُمَّ سَلَّمَ عَلَيْهِ فِي ظُلْمَةٍ، وَهُوَ لَا يَعْرِفُهُ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى الدُّخُولِ، فَحُمِلَ قَهْرًا، وَأَدْخَلَ، لَمْ يَخْنَثْ (و)، وَإِنْ حُمِلَ بِإِذْنِهِ، حَيْثُ، وَإِنْ سَكَتَ مَعَ الْقَدَرَةِ، فَفِيهِ خِلَافٌ (و)، وَلَوْ سَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ فِيهِمْ زَيْدٌ، وَأَسْتَثْنَاهُ بِقَلْبِهِ (و)، أَوْ بِلَفْظِهِ، لَمْ يَخْنَثْ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَثْنِ، حَيْثُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (ز)، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ عَلَى زَيْدٍ، فَدَخَلَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ، وَأَسْتَثْنَى بِقَلْبِهِ دُخُولَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ^(١)، وَإِنْ دَخَلَ، وَلَمْ يَعْلَمْ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، عَلَى مَا إِذَا كَانَ وَحْدَهُ، وَهُوَ جَاهِلٌ، وَأَوَّلَى بِالْأَخْنَثِ، وَإِنْ دَخَلَ لِشُغْلٍ آخَرَ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ فِيهِ، وَكَانَ وَحْدَهُ، فَالْتَّصُّ أَنَّهُ لَا يَخْنَثُ، لِانْضِمَامِ الْجَهْلِ إِلَى صَارِفٍ عَنْهُ إِلَى الشُّغْلِ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ.

(١) قال الرافي: «لو قال: لا أدخل على زيد فدخل على قوم وهو فيهم واستثنى بقلبه دخوله، ففيه وجهان»
قيل: قولان. [ت]

كِتَابُ التَّنْذِيرِ

(وَالنَّظَرُ فِي الْأَرْكَانِ وَالْأَحْكَامِ)، وَالْأَرْكَانُ ثَلَاثَةٌ: الْمُتَنَزِّمُ وَاللَّفْظُ، وَالْمُتَنَزِّمُ :

(أَمَّا الْمُتَنَزِّمُ)، فَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْعِبَادَةِ، وَلَا يَصِحُّ تَنْذُرُ الْكَافِرِ (و)، لَكِنَّ الْأَحَبَّ إِذَا أَسْلَمَ أَنْ يَفِي بِهِ.

(وَأَمَّا الصَّبِغَةُ)، فَهِيَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي، فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَلَاةٌ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتُ زَيْدًا، فَقَدْ ذَكَرْنَا؛ أَنَّهُ يَمِينُ الْغَضَبِ، وَلَوْ قَالَ أَيْدَاءُ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ، فَقَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ (ح م) أَنْ يُلْزِمَ نَفْسَهُ مَا لَيْسَ بِلَاذِمٍ، إِلَّا فِي مُقَابَلَةِ نِعْمَةٍ أَوْ دَفْعِ بَلَاءَةٍ.

(الثَّانِي): أَنَّهُ يَصِحُّ وَيُلْزِمُ، وَلَوْ عَقَّبَ التَّنْذِرَ بِقَوْلِهِ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَمْ يُلْزِمُهُ شَيْءٌ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ إِنْ شَاءَ زَيْدٌ، لَمْ يُلْزِمُهُ شَيْءٌ، وَإِنْ شَاءَ.

(وَأَمَّا الْمُتَنَزِّمُ)، فَهُوَ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ:

(الْأُولَى) كُلُّ عِبَادَةٍ مَقْصُودَةٍ؛ كَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَالْحَجِّ، فَيُلْزِمُ بِالتَّنْذِيرِ حَتَّى فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ؛ كَالْجِهَادِ وَتَجْهِيزِ الْمَوْتَى وَالصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَازَةِ، وَيُلْزِمُ بِصِفَاتِهَا؛ حَتَّى لَوْ قَالَ: أَحُجُّ مَا شِئْتُ، أَوْ أَلْتَزِمَ طُولَ الْقِرَاءَةِ، لَزِمَ؛ كَمَا وَصَفَ، فَإِنْ أَلْتَزَمَ الْمَشْيَ فِي حِجَّةِ الْإِسْلَامِ، أَوْ طُولَ الْقِرَاءَةِ فِي الْفَرَائِضِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ أَلَّا يَتْرَكَ الْوِثْرَ وَرَكَعَتَيِ الْفَجْرِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ أَلَّا يُفْطِرَ فِي السَّفَرِ، لَعَا قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ لِلشَّرْعِ.

(الثَّانِيَةُ: الْقُرْبَاتُ)؛ كَالْعِبَادَةِ لِلْمَرِيضِ، وَإِفْشَاءِ السَّلَامِ، وَزِيَارَةِ الْقَادِمِ، فَفِي لُزُومِهِ بِالتَّنْذِيرِ وَجْهَانِ، إِذْ لَيْسَ عِبَادَةٌ، وَلَكِنْ يُتَقَرَّبُ بِهَا؛ عَلَى الْجُمْلَةِ، وَفِي تَجْدِيدِ الْوُضُوءِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ الْوُضُوءَ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ مَقْصُودَةٍ لِعَيْنِهَا فِي الْأَصْلِ.

(الثَّالِثَةُ: الْمُبَاحَاتُ)؛ كَالْأَكْلِ، وَالنَّوْمِ، فَلَا يُلْزِمُ، وَإِنْ تُصَوِّرَ أَنْ يَفْصِدَ بِالْأَكْلِ التَّقْوَى عَلَى الْعِبَادَةِ، فَيُنَابِئُ عَلَيْهِ، وَلَكِنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى مُجَرَّدِ الْقَصْدِ، نَعَمْ، إِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَلَّا أَكُلَ، فَقَدْ قِيلَ: تَجِبُ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ بِمُجَرَّدِ لَفْظِهِ، أَكَلٌ أَوْ لَمْ يَأْكُلْ^(١)، وَهُوَ بَعِيدٌ، إِلَّا أَنْ يَنْوِي بِهِ الْيَمِينَ، فَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِالْحِنْتِ، إِنْ أَكَلَ.

(فَرْعٌ): إِذَا نَذَرَ الْجِهَادَ فِي جِهَةٍ، قِيلَ: تَتَعَيَّنُ الْجِهَةُ.

وَقِيلَ: لَا تَتَعَيَّنُ.

وَقِيلَ: تَتَعَيَّنُ تِلْكَ الْجِهَةُ أَوْ مَا يُسَاوِيهَا فِي الْمَسَافَةِ وَالْمُؤَنَةِ.

(١) قال الرافعي: «وإذا قال: لله عليّ ألا أكل هذا فقد قيل: تجب كفارة يمين بمجرد لفظه أكل أو لم يأكل» المشهور من كيفية الخلاف أنه إذا خالف لزمته الكفارة، والذي فعله لا يتحقق ثبوته. [ت]

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِ النَّذْرِ)، وَهُوَ يَتَّبِعُ مُوجِبَ اللَّفْظِ، وَالْمُلْتَزِمَاتُ أَنْوَاعٌ:

(التَّوَعُّ الْأَوَّلُ): الصَّوْمُ، فَإِذَا نَذَرَ مُطْلَقَ الصَّوْمِ، كَفَّاهُ يَوْمٌ، وَفِي لُزُومِ التَّيَبُّتِ قَوْلَانِ:

أَصْحُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ؛ تَنْزِيلاً عَلَى أَقَلِّ جَائِزٍ، لَا عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٍ؛ وَكَذَا فِي الصَّلَاةِ يَكْفِيهِ رَكْعَةٌ^(١)، وَفِي الصَّدَقَةِ يَكْفِيهِ دَانِقٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَجِبُ فِي الْخُلْطَةِ، وَفِي الْاِغْتِكَافِ، هَلْ يَكْفِيهِ الدُّخُولُ وَالْيَتِيُّ مِنْ غَيْرِ مَكْثٍ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و).

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ شَهْرٍ مُتَفَرِّقًا، لَمْ يَلْزَمْ (و) ^(٢) التَّفْرِيقُ^(٣)، وَلَوْ عَيَّنَ يَوْمًا لِلصَّوْمِ، تَعَيَّنَ؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ شَرَطَ التَّائِبُ فِي صَوْمِ شَهْرٍ مُعَيَّنٍ، لَمْ يَجِبِ التَّائِبُ فِي قَضَائِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَصُومُ هَذِهِ السَّنَةَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءُ أَيَّامِ الْعِيدِ وَأَيَّامِ رَمَضَانَ، وَهَلْ يَجِبُ قَضَاءُ أَيَّامِ الْحَيْضِ وَالْمَرَضِ؟ وَجِهَانِ^(٤)، وَيَجِبُ قَضَاءُ مَا أَفْطَرَ فِي السَّفَرِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ صَوْمُ سَنَةٍ، فَلَا يَكْفِيهِ إِلَّا أَتْنَا عَشَرَ شَهْرًا، وَلَا يَنْحَطُّ عَنْهُ أَيَّامُ رَمَضَانَ وَالْعِيدِ وَالْحَيْضِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ يَوْمَ يَقْدَمُ فَلَانٌ، فَقَدِمَ لَيْلًا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَدِمَ نَهَارًا، لَمْ يَكْفِهِ صَوْمُ ذَلِكَ الْيَوْمِ، مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَنْوِهِ بِاللَّيْلِ، وَهَلْ يَلْزَمُ صَوْمُ يَوْمٍ آخَرَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ يَوْمَ يَقْدَمُ فَلَانٌ، قَبَاعَ الْعَبْدِ ضُخْوَةً ذَلِكَ الْيَوْمِ، ثُمَّ قَدِمَ، بَانَ بَطْلَانُ الْعَقْدِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَيُخْمَلُ ذِكْرُ الْيَوْمِ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ الْيَوْمِ، وَلَوْ ظَهَرَ بِعِلَامَةٍ، أَنَّهُ يَقْدَمُ غَدًا، فَتَوَى لَيْلًا، كَفَّاهُ مَعَ التَّرَدُّدِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِظُهُورِ الْعِلَامَةِ، وَلَوْ نَذَرَ مَنْ نَوَى نَهَارًا صَوْمَ تَطَوُّعٍ؛ أَنْ يَتِمَّ ذَلِكَ الْيَوْمِ، لَزِمَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَذَرَ رَكْعَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ قَاعِدًا مَعَ الْقُدْرَةِ، جَازَ لَهُ الْقُعُودُ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ بَعْضِ يَوْمٍ، لَعَا نَذَرُهُ؛ فِي وَجْهِهِ.

وَفِي وَجْهِهِ: يَلْزَمُهُ يَوْمٌ كَامِلٌ.

وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ نَذَرَ رُكُوعًا أَوْ سُجُودًا، فَعَلَى وَجْهِهِ عَلَيْهِ رَكْعَةٌ.

وَعَلَى وَجْهِهِ: يَلْغُو.

وَلَوْ نَذَرَ حَجَّ هَذِهِ السَّنَةِ، وَهُوَ عَلَى مِائَةِ فَرَسَخٍ، وَلَمْ يَبْقَ إِلَّا يَوْمٌ، فَتَنَذَرُهُ لِأَخٍ.

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ يَوْمِ الْاِثْنَيْنِ، أَوْ يَوْمَ يَقْدَمُ فَلَانٌ أَبَدًا، فَقَدِمَ يَوْمُ الْاِثْنَيْنِ، لَزِمَهُ الْاِثْنَيْنِ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ (و) أَنَّ الْوَقْتَ مُتَعَيَّنٌ فِي الصَّوْمِ.

وَلَا يَجِبُ قَضَاءُ الْاِثْنَيْنِ الْوَاقِعَةِ فِي رَمَضَانَ إِلَّا الْاِثْنَيْنِ الْخَامِسَ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ قَدْ يَقَعُ، وَقَدْ لَا

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «فِي لُزُومِ التَّيَبُّتِ قَوْلَانِ أَصْحُهُمَا أَنَّهُ لَا تَجِبُ تَنْزِيلًا عَلَى أَقَلِّ جَائِزٍ لَا عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٍ وَكَذَا فِي الصَّلَاةِ يَكْفِيهِ رَكْعَةٌ» الْأَصَحُّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ لُزُومُ التَّيَبُّتِ، وَأَنَّهُ يَلْزَمُ فِي نَذْرِ الصَّلَاةِ رَكْعَتَانِ. [ت]

(٢) فِي أَيْلِزْمِهِ.

(٣) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «لَوْ نَذَرَ صَوْمَ شَهْرٍ مُتَفَرِّقًا لَمْ يَلْزَمْهُ التَّفْرِيقُ» هَذَا وَجْهِهِ وَالْأَقْرَبُ لُزُومُهُ. [ت]

(٤) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَهَلْ يَجِبُ قَضَاءُ أَيَّامِ الْحَيْضِ وَالْمَرَضِ؟ فِيهِ وَجِهَانٌ» الْأَشْهَرُ قَوْلَانِ. [ت]

يَقَعُ، فَفِي قَضَائِهِ خِلَافٌ، فَإِنْ كَانَتْ تَحِيضُ عَشْرًا، فَلَا بُدَّ مِنْ وَقُوعِ بَعْضِ الْاِثْنَيْنِ فِي الْحَيْضِ، فَلَاظْهَرُ أَنَّهُ (و) لَا يَجِبُ قَضَاءُ ذَلِكَ، وَكَذَا الْخِلَافُ (و) فِيمَا يَقُوْهُ سَبَبُ صَوْمِ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، لَزِمَهُ فِي كِفَارَةِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا إِنْ لَزِمَتْ قَبْلَ النَّذْرِ، فَلَا تُقْضَى؛ كَأَيَّامِ رَمَضَانَ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ الدَّهْرِ، لَزِمَهُ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَيَّامِ الْعِيدِ وَالْحَيْضِ وَرَمَضَانَ، وَلَهُ الْفِطْرُ بِالْمَرَضِ وَالسَّفَرِ، وَلَا يُمَكِّنُ الْقَضَاءُ، وَلَوْ أَفْطَرَ عَمْدًا، فَعَلَيْهِ مَدٌّ؛ إِذِ الْقَضَاءُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَالْدَّهْرُ مُسْتَعْرِقٌ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ يَوْمِ الْعِيدِ، لَغَا نَذْرُهُ، وَفِي يَوْمِ الشُّكِّ وَنَذْرِ الصَّلَاةِ فِي الْأَوْقَاتِ الْمَكْرُوْهَةِ وَجْهَانِ.

(النَّوعُ الثَّانِي: الْحَجُّ) فَإِذَا نَذَرَ الْحَجَّ مَا شَاءَ، وَقُلْنَا: إِنَّ الْمَشْيَ أَفْضَلُ، لَزِمَهُ، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَمْشِيَ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ قَبْلَ الْإِحْرَامِ، فَفِي لُزُومِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ الْمَشْيَ قَبْلَ الْإِحْرَامِ، فَإِنْ أَطْلَقَ، حُمِلَ عَلَى الْمَشْيِ مِنَ الْمِيقَاتِ، أَوْ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَهُ الرُّكُوبُ بَعْدَ أَحَدِ التَّحْلِيلَيْنِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ^(١).

وَلَوْ فَاتَهُ الْحَجُّ، أَوْ فَسَدَ، لَزِمَهُ لِقَاءُ الْبَيْتِ، وَفِي جَوَازِ الرُّكُوبِ وَجْهَانِ^(٢).

ثُمَّ يَلْزَمُ قَضَاءُ الْحَجِّ الْمَنْذُورِ، وَلَوْ تَرَكَ الْمَشْيَ بِعُدْرٍ، وَقَعَ الْحَجُّ عَنْ نَذْرِهِ.

وَإِنْ تَرَكَ بِغَيْرِ عُدْرٍ، فَقَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: وَقَعَ، فَفِي لُزُومِ دَمِ الشَّاةِ لِلْجُبْرَانِ وَجْهَانِ^(٣).

وَقِيلَ: إِنْ تَرَكَ بِعُدْرٍ أَيْضًا، يَلْزَمُهُ الْجُبْرَانُ.

وَلَوْ تَرَكَ بَعْضَ الطَّرِيقِ، وَمَشَى فِي بَعْضٍ، فَالْتَّصُّ أَنَّهُ إِذَا عَادَ لِلْقَضَاءِ، رَكِبَ حَيْثُ مَشَى، وَمَشَى حَيْثُ رَكِبَ.

وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ الْمَشْيُ فِي الْجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: أَحْبَبْتُ عَامِي هَذَا، فَتَعَدَّرَ لِمَرَضٍ، فَفِي لُزُومِ الْقَضَاءِ خِلَافٌ (و)، وَإِنْ تَعَدَّرَ بِإِخْصَارٍ، فَلَا قَضَاءَ.

(النَّوعُ الثَّالِثُ: إِثْبَانُ الْمَسَاجِدِ)، فَإِذَا نَذَرَ إِثْبَانًا (ح) مَسْجِدًا، لَمْ يَلْزَمُهُ (ح) إِلَّا الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ، وَمَسْجِدُ الْمَدِينَةِ، وَمَسْجِدُ إِبِلْيَاءَ، وَفِيهِمَا قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ (ح)، وَجَبَ أَنْ يُضِيفَ إِلَيْهَا عِبَادَةً؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَكَفَى مُجَرَّدُ الْإِثْبَانِ؛ عَلَى قَوْلٍ^(٤).

(١) قال الرافعي: «وله الركوب بعد أحد التحليلين على الأظهر» الصحيح أنه ليس له الركوب إلا بعد التحليلين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولوفاته الحج أو فسد لزمه لقاء البيت، وفي جواز الركوب وجهان» فيه قولان مشهوران. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن قلنا: وقع ففي لزوم دم شاة للجبران وجهان»، قيل: قولان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وجب أن يضيف إليه عبادة على قول، وكفى مجرد الإتيان على قول» المشهور من الخلاف فيه الوجه. [ت]

وَأِنْ قُلْنَا: لَا بُدَّ مِنْ عِبَادَةِ قَبِيلٍ: تَجِبُ صَلَاةٌ، وَلَوْ رُكْعَةً.

وَقِيلَ: بَلْ أَعْتِكَافٌ.

وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا.

وَأِنْ كَانَ النَّذْرُ لِإِثْبَانِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، فَالْعُمْرَةُ وَالْحَجُّ أَحْصَى بِهِ مِنَ الْأَعْتِكَافِ وَالصَّلَاةِ، فَيُجْزَى ذَلِكَ.

لَكِنْ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ النَّذْرَ يُحْمَلُ عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٍ، فَإِذَا نَذَرَ إِثْبَانَ الْمَسْجِدِ، لَزِمَهُ حَجٌّ أَوْ عُمْرَةٌ.

وَأِنْ قُلْنَا: لَا يُحْمَلُ، فَيَلْزِمُهُ إِخْرَامٌ لِدُخُولِ مَكَّةَ؛ عَلَى قَوْلٍ.

فَإِنْ لَمْ نَرَ ذَلِكَ، فَهُوَ كَمَسْجِدِ الْمَدِينَةِ.

وَلَوْ قَالَ: آتَى عَرَفَةَ، لَمْ يَلْزِمَهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحِلِّ.

وَلَوْ قَالَ: آتَى مَسْجِدَ الْخَيْفِ (ح)، فَهُوَ كَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَرَمِ؛ وَكَذَلِكَ سَائِرُ أَجْزَاءِ الْحَرَمِ.

وَلَوْ قَالَ: آتَى مَكَّةَ، لَمْ يَلْزِمَهُ شَيْءٌ، إِلَّا إِذَا قَصَدَ الْحَجَّ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: آتَى بَيْتَ اللَّهِ، فَإِنَّ

جَمِيعَ الْمَسَاجِدِ بَيْتُ اللَّهِ، وَلَوْ نَذَرَ الصَّلَاةَ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، لَزِمَهُ (ح)، وَإِنْ عَيَّنَ مَسْجِدًا، لَمْ يَلْزِمُهُ إِلَّا الْمَسَاجِدُ الثَّلَاثَةُ؛ فَإِنَّهَا تَتَعَيَّنُ لِلصَّلَاةِ.

وَقِيلَ فِي تَغْيِينِهَا قَوْلَانِ، وَلَوْ نَذَرَ الْمَشْيَ إِلَى مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ، أَوْ مَسْجِدِ بَيْتِ الْمُقَدَّسِ، فَهُوَ

كَنَذْرِ الْمَشْيِ مِنْ دُورَةِ أَهْلِهِ قَبْلَ الْإِخْرَامِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ صَلَاةً فِي الْكَعْبَةِ، جَازَ الصَّلَاةُ فِي جَوَانِبِ الْمَسْجِدِ.

(التَّوَضُّعُ الرَّابِعُ: فِي الصَّحَايَا وَالْهَدَايَا)، وَلَوْ نَذَرَ التَّقَرُّبَ بِسَوْقِ شَاةٍ إِلَى مَكَّةَ، لَزِمَهُ الذَّبْحُ بِمَكَّةَ،

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَلْزِمُهُ التَّفْرِقَةُ أَيْضًا بِمَكَّةَ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ لَفْظَ الصُّحْبَةِ وَالْقُرْبَةِ، بَلْ قَالَ: عَلَيَّ ذَبْحُ شَاةٍ بِمَكَّةَ، فَفِي اللَّزُومِ وَجْهَانِ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَى بَلَدَةٍ أُخْرَى، فَأَوْلَى بِأَلَّا يَلْزَمَ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ

أُضْحِيَ بِنَيْسَابُورَ، فَعَلَى وَجْهِ: يَلْزِمُهُ الذَّبْحُ وَالتَّفْرِقَةُ بِهَا.

وَعَلَى وَجْهِ: يَلْزِمُهُ التَّفْرِقَةُ بِهَا دُونَ الذَّبْحِ.

وَعَلَى وَجْهِ: لَا يَتَعَيَّنُ لَا الذَّبْحُ، وَلَا التَّفْرِقَةُ.

وَهُوَ مِثْلُ الْخِلَافِ فِي تَغْيِينِ الْفَقِيرِ الصَّدَقَةَ بِالنَّذْرِ.

وَإِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضْحِيَ بِبَدَنَةِ، فَهَلْ يَقُومُ مَقَامَهَا سَبْعُ مِنَ الْغَنَمِ أَوْ بَقَرَةٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: إِنْ عُذِمَتْ، جَازَ، وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ نَذَرَ دَرَاهِمَ، فَلَا يَتَصَدَّقُ بِجِنْسٍ آخَرَ.

وَإِذَا ذَكَرَ فِي النَّذْرِ لَفْظَ الصَّحِيَّةِ، فَلَا يُجْزِئُهُ إِلَّا النَّيُّ مِنَ الْإِبِلِ، وَهُوَ مَا يُجْزَى فِي الصَّحِيَّةِ سَلِيمًا مِنَ الْعُيُوبِ، وَلَوْ نَذَرَ هَذِيًّا، فَعَلَى قَوْلٍ يَكْفِيهِ كُلُّ مَا يُسَمَّى مَنَحَةً، وَلَا يَجِبُ تَبْلِيغُهُ مَكَّةَ.

وَعَلَى قَوْلٍ: عَلَيْهِ مَا يُجْزَى فِي الصَّحِيَّةِ، وَيَلْزَمُهُ (و) تَبْلِيغُ الْحَرَمِ.

وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يُهْدِيَ ظَنِيَّةً إِلَى مَكَّةَ، لَزِمَهُ (و) التَّبْلِيغُ، وَيَتَصَدَّقُ بِهَا حَيَّةً، وَلَا تُذْبَحُ.

وَلَوْ نَذَرَ ذَلِكَ فِي بَعِيرٍ مَعِيبٍ، فَفِي ذَبْحِهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ نَذَرَ فِي مَالٍ نَقَلَهُ إِلَى مَكَّةَ؛ فَإِنْ كَانَ عَقَارًا، أَوْ مَا يَتَعَدَّرُ نَقْلُهُ، بَاعَ، وَفَرَّقَ قِيَمَتَهُ بِمَكَّةَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَكَّةَ لَا تَتَعَيَّنُ لِلصَّوْمِ فِي النَّذْرِ، وَإِنْ تَعَيَّنَتْ لِلصَّدَقَةِ وَالصَّلَاةِ.

وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَسْتُرَ الْكَعْبَةَ، أَوْ أَطِيبَهَا، لَزِمَهُ، وَيَجُوزُ سَتْرُ الْكَعْبَةِ بِالْحَرِيرِ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ عَلَى الرِّجَالِ فَقَطْ، وَفِي نَذْرِ تَطْيِيبِ مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ وَالْمَسْجِدِ الْأَقْصَى تَرَدُّدٌ.

كِتَابُ آدَبِ الْقَضَاءِ، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ:

(أَبْوَابُ الْأَوَّلِ: فِي التَّوْلِيَةِ وَالْعَزْلِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ):

(الأوَّلُ فِي التَّوْلِيَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأوَّلَى): أَنَّ الْقَضَاءَ وَالْإِمَامَةَ فَوْضُنَ عَلَى الْكَفَايَةِ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مَصَالِحِ الْعِبَادِ، لَكِنْ فِيهِ خَطَرٌ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَدِّمَ عَلَيْهِ إِلَّا مَنْ وَثِقَ بِنَفْسِهِ، وَأَخَذَهُ بِغَيْرِ سُؤَالٍ حَسَنٍ، وَأَخَذَهُ بِطَلَبٍ فِيهِ كَرَاهِيَةٌ، وَلَكِنْ إِنْ تَعَيَّنَ لِلرَّوَايَةِ، وَلَمْ يَضْلُغْ غَيْرُهُ، وَجَبَ الطَّلَبُ، وَإِنْ خَافَ عَلَى نَفْسِهِ الْخِيَانَةَ، لَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ الْخِيَانَةِ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ أَضْلَحُّ مِنْهُ، حَرَّمَ الطَّلَبُ، فَإِنْ قُلِدَ، فَفِي أَنْعِقَادِ الْإِمَامَةِ لِلْمَفْضُولِ خِلَافٌ، وَفِي الْقَضَاءِ تَرَدُّدٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْعَقَدُ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ مِثْلُهُ، جَازَ الْقَبُولُ، وَكَرِهَ الطَّلَبُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى رِزْقٍ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ دُونَهُ، وَقُلْنَا: لَا يَنْعَقَدُ لِلْمَفْضُولِ، وَجَبَ الطَّلَبُ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْعَقَدُ، لَمْ يَجِبْ، وَجَازَ، وَفِي وُجُوبِ الْقَبُولِ، إِذَا قُلِدَ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ لَا يَجِبُ الطَّلَبُ، فَإِنَّمَا يُبَاحُ الْقَبُولُ، وَالطَّلَبُ، إِذَا لَمْ يَخَفْ عَلَى نَفْسِهِ الْخِيَانَةَ، فَإِنْ خَافَ، فَلْيَحْذَرْ.

(الثَّانِيَةُ) لَا بُدَّ لِلْقَاضِي مِنْ صِفَاتٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ حُرّاً ذَكَراً مُجْتَهِداً (ح) بَصِيراً (م) وَ عَدَلاً بَالِغاً؛ فَلَا يَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ وَالْأَعْمَى وَالصَّبِيِّ وَالْفَاسِقِ وَالْجَاهِلِ (ح) وَالْمُقَلَّدِ، بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَقِلَّ بِالْاجْتِهَادِ، وَالَّذِي يَجْتَهِدُ فِي مَذْهَبِ أَحَدِ الْأَيْمَةِ لَهُ الْفَتْوَى؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَكُونُ مُقَلِّداً لِلْإِمَامِ الْمَيِّتِ، وَلَا يَنْتَصِبُ لِلْقَضَاءِ، هَذَا هُوَ الْأَصْلُ، فَإِنْ تَعَذَّرَتِ الشُّرُوطُ، وَعَلَبَ عَلَى الرِّوَايَاتِ مُتَعَلِّمُونَ فَسَقَةٌ، فَكُلُّ مَنْ وَلَاهُ صَاحِبُ شَوْكَةٍ، نَفَذَ حُكْمَهُ لِلضَّرُورَةِ، كَمَا يَنْفُذُ حُكْمَ الْبُعَاةِ، وَإِنْ لَمْ يَصُدْرَ عَنْ رَأْيِ الْإِمَامِ، وَالظَّاهِرُ (و) أَنَّ قَضَاءَ الْأُمَمِ الَّذِي لَا يَكْتُفَى جَائِزٌ.

(الثَّالِثَةُ) إِذَا نَهَى الْقَاضِي عَنِ الِاسْتِخْلَافِ، لَمْ يَسْتَخْلَفْ، وَإِنْ أَطْلَقَ التَّوْلِيَةَ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي الثَّالِثِ يَسْتَخْلَفُ، إِنْ أَكْثَرَتِ الْخُطَةُ، وَإِلَّا فَلَا^(١)، وَيُشْتَرَطُ فِي الْخَلِيفَةِ صِفَاتُ الْقَضَاءِ، إِلَّا إِذَا لَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ إِلَّا سَمَاعَ شَهَادَةٍ، وَنَقْلٍ، فَلَا يُشْتَرَطُ إِلَّا عَلَى ذَلِكَ الْقَدْرِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرَطَ عَلَى النَّائِبِ الْحُكْمَ بِخِلَافِ اجْتِهَادِهِ، أَوْ بِخِلَافِ مُعْتَقَدِ صَاحِبِهِ، إِذَا جَوَّزْنَا تَوْلِيَةَ الْمُقَلَّدِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ نَصَّبَ فِي الْبَلَدِ قَاضِيَيْنِ، كُلُّ وَاحِدٍ يَخْتَصُّ بِطَرَفٍ، جَازَ، وَإِنْ شَرَطَ اتِّفَاقَهُمَا فِي كُلِّ حُكْمٍ، لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ أَثْبَتَ الِاسْتِقْلَالَ لِكُلِّ وَاحِدٍ، فَوَجْهَانِ، ثُمَّ إِذَا تَنَازَعَ الْخَصْمَانِ فِي الْاِخْتِيَارِ، أَوْ أَزْدَحَمَ مُتَدَاعِيَانِ، فَالْقُرْعَةُ.

(١) قال الراعي: «وإن أطلق التولية ففيه ثلاثة أوجه وفي الثالث يستخلف إن اتسعت الخطه، وإلا فلا» فيه إثبات وجهين مطلقيين في الحالتين، وهما فيما إذا لم يتسع مشهوران، فأما إذا اتسعت، وتعدر عليه القيام بالكل فلا يكاد يوجد لغيره حكاية الخلاف، وإنما الذي ذكره جواز الاستخلاف. [ت]

(الخامسة): التَّحْكِيمُ جَائِزٌ؛ عَلَى أضعفِ الْقَوْلَيْنِ^(١) فِي الْأَمْوَالِ.

وَفِي التَّكَاحِ خِلَافٌ مُرْتَبٌ، وَأَوَّلَى بِالْمَنْعِ.

وَفِي الْعُقُوبَاتِ أَوَّلَى بِالْمَنْعِ مِنَ التَّكَاحِ.

فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ قَاضٍ، فَهُوَ أَبْعَدُ.

ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا، فَلَيْسَ (و) لَهُ الْحَبْسُ، وَأَسْتِيفَاءُ الْعُقُوبَةِ، وَلَا يَنْفُذُ (و) حُكْمُهُ عَلَى غَيْرِ الْمُتَرَاضِيَيْنِ؛ حَتَّى لَا يَضْرِبَ دِيَةَ الْخَطَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّاضِي بِحُكْمِهِ.

وَهَلْ يَجِبُ اسْتِثْنَاءُ الرِّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ لِنُفُوذِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٢).

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي الْعَزْلِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأولى): أَنَّ طَرِيْقَانِ الْجُنُونِ وَالْعَمَى وَالنَّسْيَانِ يُوجِبُ الْأَنْعِزَالَ، وَكَذَا طَرِيْقَانِ الْفِسْقِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ جُزْءٌ، ثُمَّ أَفَاقَ، عَادَتْ وَلَايَتُهُ؛ عَلَى أضعفِ الْوَجْهَيْنِ.

(الثَّانِيَةُ) يَجُوزُ الْعَزْلُ عِنْدَ ظُهُورِ خَلَلٍ، وَيَجُوزُ بِمَنْ هُوَ أَفْضَلُ مِنْ غَيْرِ خَلَلٍ، وَبِمِثْلِهِ وَمَنْ دُونَهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا لِمَصْلَحَةٍ، لَكِنْ إِنْ فَعَلَ، نَفَذَ لِلْمَصْلَحَةِ وَطَاعَةِ السُّلْطَانِ.

وَهَلْ يَقِفُ الْأَنْعِزَالُ عَلَى بُلُوغِ الْخَبَرِ؟ قِيلَ: هُوَ كَالْوَكِيلِ.

وَقِيلَ: يُقْطَعُ بِأَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ، لِلضَّرَرِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي، فَأَنْتَ مَغْزُولٌ، أَنْعَزَلَ، إِذَا قُرِئَ عَلَيْهِ، وَلَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ، وَيَنْعَزِلُ بِأَنْعِزَالِهِ كُلُّ مَاذُونٍ فِي شُغْلٍ مَعَيَّنٍ، وَفِي نَائِيهِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ خِلَافٌ، وَالْقَضَاءُ لَا يَنْعَزِلُونَ بِمَوْتِ الْإِمَامِ وَأَنْعِزَالِهِ لِلضَّرَرِ.

(الثَّالِثَةُ) لَوْ قَالَ بَعْدَ الْعَزْلِ: قَضَيْتُ بِكَذَا، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَوْ شَهِدَ مَعَ عَدْلٍ، إِنَّ هَذَا قَضَى بِهِ قَاضٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ نَفْسَهُ، فَوَجْهَانِ، وَقَبْلَ الْعَزْلِ يُقْبَلُ (م) قَوْلُهُ بِغَيْرِ حُجَّةٍ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ أَدْعَى عَلَى مَغْزُولٍ رَشْوَةً، أَخْصَرَهُ الْقَاضِي، وَفَصَلَ الْخُصُومَةَ، وَكَذَا إِنْ قَالَ: أَخَذَ الْمَالَ مِنِّي بِشَهَادَةِ عَبْدَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْأَخْذَ، فَفِي سَمَاعِ الدَّعْوَى وَجْهَانِ؛ إِذْ فِي وُجُوبِ الْغَرْمِ عَلَى الْقَاضِي خِلَافٌ (و)^(٣)، إِذَا لَمْ يَأْخُذْ، وَلَوْ قَالَ نَائِبُ الْمَغْزُولِ: أَخَذْتُ هَذَا الْمَالَ أَجْرَةَ عَمَلِي، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَغْزُولُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَهَلْ يَكْفِيهِ يَمِينُهُ فِي مِقْدَارِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ؟ فِيهِ

(١) قال الرافعي: «التحكيم جائز على أضعف القولين» قال المعظم: هو أقوى القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: وهل يجب استئناف الرضا بعد الحكم لنفوذه، فيه وجهان» قيل قولان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن لم يذكر الأخذ، وذكر الحكم عليه، ففي سماع الدعوى وجهان إذ في وجوب الغرم على القاضي خلاف» أي بالحكم بشهادة العبدین، ومن في معناهما، والذي أورده معظم الأصحاب أن الدعوى مسموعة لا محالة، وذكروا وجهين في أنه هل يحضر ليجيب عن الدعوى أولا يحضر إلا بيينة؟

[ت]

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي جَامِعِ آدَابِ الْقَضَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ)

(الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي آدَابِ مُتَفَرِّقَةٍ، وَهِيَ عَشْرَةُ آدَابٍ:

(الْأَدَبُ الْأَوَّلُ): أَنْ يُشِيعَ الْوَلَايَةَ قَبْلَ قُدُومِهِ، فَإِنْ قَدِمَ مِنْ غَيْرِ إِشَاعَةٍ وَلَا كِتَابٍ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ كِتَابٌ مِنْ غَيْرِ شَاهِدَيْنِ، فَفِي لُزُومِ الطَّاعَةِ بِمُجَرَّدِهِ وَجِهَانِ، وَحَيْثُ تَظْهَرُ أَمَارَةُ التَّلَاسِي يَجُوزُ التَّوَقُّفُ لَا مَحَالَةَ.

(الثَّانِي): أَنَّهُ كَمَا قَدَّمَ يُفْتَشُّ عَنِ الْمَخْبُوسِينَ، فَيُطْلَقُ كُلُّ مَنْ حُسِبَ بِظُلْمٍ، أَوْ فِي تَغْزِيرٍ، وَمَنْ أَقَرَّ بِالْحَقِّ، رُدَّ إِلَى الْحَبْسِ، وَمَنْ قَالَ: أَنَا مَظْلُومٌ، أُطْلِقَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ حَضَرَ خَصْمُهُ، فَلَيْسَتْ أُنْفِيفِ الْخُصُومَةِ، وَلَيُتِمَّ الْحُجَّةُ عَلَى أَنَّ الْقَاضِي الْمَضْرُوفَ حَكَمَ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ، وَإِنْ قَالَ الْمَخْبُوسُ: لَا أَذْرِي، لَمْ حُسِبَتْ، تُودِي عَلَيْهِ فِي طَلَبِ خَصْمِهِ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ، أُطْلِقَ، وَإِنْ ذَكَرَ خَصْماً غَائِباً، وَزَعَمَ أَنَّهُ مَظْلُومٌ فإِطْلَاقُهُ أَوْلَى، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُطْلَقُ، فَيَرَأَى، وَلَا يُخْلَى، وَلَا يُخْبَسُ إِلَى أَنْ يَحْضُرَ خَصْمُهُ. وَيُكْتَبُ إِلَى خَصْمِهِ، لِيُعَجِّلَ، فَإِنْ لَمْ يُعَجِّلْ، أُطْلِقَ، وَإِذَا فَرَغَ مِنَ الْمَخْبُوسِينَ، نَظَرَ فِي الْأَوْصِيَاءِ وَمَالِ الْأَطْفَالِ؛ إِذْ لَا رَافِعَ لَوْقَائِعِهِمْ إِلَيْهِ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَتَرَوَى بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَرْتِيبِ الْكَتَابِ، وَالْمُرَكَّبِ وَالْمُتَرْجِمِ، وَلِيَكُنِ الْكَتَابُ عَدَلاً عَاقِلاً عَفِيفاً عَنِ الْمَطَامِعِ، وَيُشْتَرَطَ الْعَدَدُ فِي الْمُرَكَّبِ وَالْمُتَرْجِمِ، دُونَ الْكَتَابِ، وَفِي عَدَدِ الْمُسْمِعِ، إِذَا كَانَ بِالْقَاضِي صَمٌّ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْخَصْمُ أَصَمَّ، فَيَعْجَزَ عَنِ الْإِنْكَارِ، لَوْ غَيْرَ الْمُسْمِعِ، فَإِنْ شَرَطَ الْعَدَدَ، فَفِي اشْتِرَاطِ لَفْظِ الشَّهَادَةِ وَجِهَانِ، فَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ، فَفِي أَعْتِبَارِ الْحُرِّيَّةِ وَجِهَانِ، فَإِنْ طَلَبَ الْمُسْمِعُ أَجْرَةً، فَهَلْ يَجِبُ فِي مَالِ صَاحِبِ الْحَقِّ؟ وَجِهَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَّخِذَ لِلْقَضَاءِ مَجْلِساً رَفِيعاً فَسِيحاً، لَا يَتَأَدَّى فِيهِ بَيِّزٌ وَلَا حَرٌّ، فَيَمَلُّ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَتَّخِذَ الْمَسْجِدَ مَجْلِساً لِلْقَضَاءِ، فَتَرْفَعُ فِيهِ الْأَصْوَاتُ، وَلَا يُكْرَهُ فَضْلُ قَضَايَا مُتَفَرِّقَةٍ فِي الْمَسْجِدِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَتَّخِذَ بَوَاباً وَحَاجِباً؟ فِيهِ وَجِهَانِ.

(الْخَامِسُ): لَا يَقْضِي فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ، وَحَالَهُ يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْغَضَبُ فِيهَا، أَوْ يَذْهَبُ عَنْ تَمَامِ الْفِكْرِ، وَمَا يَحْكُمُ بِهِ، فَيَكْتُبُ بِهِ مَخْضِراً دِيوَانِيّاً يَحْفَظُهُ فِي خَرِيطَةٍ مَخْتُومَةٍ؛ حَتَّى لَا يَنْسَى، وَيُعْطِي صَاحِبَ الْحَقِّ مِنْهُ نَسْخَةً أُخْرَى، وَهَلْ يَجِبُ ذَلِكَ، إِنْ طَلَبَهُ صَاحِبُ الْحَقِّ؟ فِيهِ وَجِهَانِ.

(الْسَّادِسُ): أَنْ يَخْرُجَ بَعْدَ اجْتِمَاعِ الْفُقَهَاءِ، وَيُشَاوِرَهُمْ؛ لِنَتْفِي الثُّمَّةِ.

(السَّابِعُ): أَلَّا يَشْتَرِيَ بِنَفْسِهِ، وَلَا بِوَكِيلٍ مَعْرُوفٍ؛ حَتَّى لَا يُسَامَحَ فِي الْبَيْعِ.

وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً مِنْ لَهْ خُصُومَةٍ، فَإِنْ قَبِلَهَا، فَهُوَ سُخْتُ، وَفِي دُخُولِهِ فِي مِلْكِهِ وَجِهَانِ، وَمَنْ لَا خُصُومَةَ لَهُ، فَلَا يَحْرُمُ أَخْذُهُ، وَالْأَوَّلَى أَلَّا يَأْخُذَ أَوْ يُبَيِّبَ عَلَيْهِ، إِنْ أَخَذَ.

(الثَّامِنُ): أَلَا يُعْزَرُ مَنْ أَسَاءَ آدَبُهُ فِي مَجْلِسِهِ إِلَّا بَعْدَ الرَّجْرِ بِاللِّسَانِ وَالْإِضْرَارِ، فَإِنْ ظَهَرَ كَذِبُ الشَّاهِدِ، عَزَرَهُ عَلَى الْمَلَأِ وَنَادَى عَلَيْهِ.

(الثَّاسِعُ): لَا يَقْضِي لَوْلَاهُ، وَلَا عَلَى عَدُوِّهِ، بَلْ يُحِيلُ عَلَى غَيْرِهِ، فَإِنْ قَضَى بِنَفْسِهِ، فَفِي الشُّهُودِ وَجْهَانِ، فَإِنْ مَتَعْنَا قَضَاءَهُ، فَفِي نَائِيهِ وَجْهَانِ، وَوَصِيَّ الْيَتِيمِ، إِذَا وَلَّى الْقَضَاءَ، قَضَى لِلْيَتِيمِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ.

(الْعَاشِرُ): أَلَا يَنْقُضُ قَضَاءَ نَفْسِهِ وَقَضَاءَ غَيْرِهِ، إِلَّا إِذَا خَالَفَ أَمْرًا مَقْطُوعًا بِهِ، أَوْ مَظْنُونًا بِخَبَرٍ وَاحِدٍ، أَوْ بِقِيَاسٍ جَلِيٍّ، وَلَمْ يَنْقُضْ عُمُرُ قَضَاءَهُ، فِي مَسْأَلَةِ الْمُشْرَكَةِ، وَالنِّصِّ أَنَّهُ يَنْقُضُ قَضَاءَ مَنْ حَكَمَ بِنِكَاحِ الْمَقْهُودِ زَوْجَهَا بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ، مَعَ أَنَّهُ مَذْهَبُ عُمَرُ، وَيَنْقُضُ قَضَاءَ الْحَنْفِيِّ فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ، وَالْعَرَايَا^(١)، وَذَكَاءَ الْجَنِينِ؛ لظُهُورِ الْخَبَرِ، وَفِي الْقَتْلِ بِالْمُنْقَلِ؛ لظُهُورِ الْقِيَاسِ، وَإِذَا لَمْ يَنْقَدْخِ فِي نَفْسِهِ إِمَّاكَانُ الصَّوَابِ أَنْقِدَاحًا لَهُ وَقَعَ مَا، فَلَهُ النِّقْضُ، ثُمَّ الْحُكْمُ عِنْدَ اللَّهِ فِي الْبَاطِنِ لَا يَتَغَيَّرُ (ح)، وَلَا يَحِلُّ لِلشُّفْعَوِيِّ شُفْعَةُ الْجَارِ، وَإِنْ قَضَى بِهَا لَهُ الْحَنْفِيُّ^(٢)، وَلَكِنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَمْنَعُهُ مِنَ الطَّلَبِ، أَعْتِمَادًا عَلَى اعْتِقَادِ نَفْسِهِ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي مُسْتَنَدِ قَضَائِهِ)، وَإِنَّمَا يَقْضِي بِالْحُجَّةِ، وَلَا يَقْضِي بِعِلْمِهِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ^(٣)، لَكِنْ إِنْ عَلِمَ فِسْقَ الشَّاهِدِ أَوْ كَذِبَهُ، تَوَقَّفَ عَنِ الْقَضَاءِ، وَيُغْنِيهِ عِلْمُهُ بِعَدَالَةِ الشُّهُودِ عَنِ الْمُرَكِّبِينَ، وَيَقْضِي عَلَى مَنْ أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ دُونَ مَنْ أَقَرَّ عِنْدَهُ سِرًّا، وَلَا يَكْفِي شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَعَ عِلْمِهِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَمَّا الْخَطُّ، فَلَا يَغْتَمِدُهُ الشَّاهِدُ، وَلَا الْقَاضِي، إِذَا لَمْ يَتَذَكَّرْ لِإِمَّاكَانِ التَّزْوِيرِ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْخَطُّ مَحْفُوظًا عِنْدَهُ، وَأَمِنَ التَّخْرِيفَ، فَهَذَا يُسَلِّطُ عَلَى رِوَايَةِ الْحَدِيثِ، وَهَلْ يُسَلِّطُ عَلَى الْحُكْمِ وَالشَّهَادَةِ؟ الْمَشْهُورُ؛ أَنَّهُ لَا يُسَلِّطُ، وَفِيهِ وَجْهٌ.

وَلَيْسَ لِلْمُحَدَّثِ الرِّوَايَةُ مَعَ أَحْتِمَالِ التَّخْرِيفِ وَالْعَلَطِ، وَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ؛ أَعْتِمَادًا عَلَى خَطِّ أَبِيهِ، إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ، وَلَوْ شَهِدَ عِنْدَ الْقَاضِي شَاهِدَانِ بِقَضَائِهِ، وَلَمْ يَتَذَكَّرْ، لَمْ يَقْضِ بِهِ، وَالْمُحَدَّثُ يُحَدِّثُ عَمَّنْ أَخْبَرَهُ بِحَدِيثِهِ، فَيَقُولُ: حَدَّثَنِي فَلَانٌ. عَنِّي، وَلِقَاضِي آخَرَ أَنْ يَقْضِيَ بِالشَّاهِدَيْنِ عَلَى قَضَائِهِ، إِنْ لَمْ يَكْذِبْهُمَا، وَمَنْ أَدْعَى عَلَيْهِ؛ أَنَّهُ قَضَى لَهُ، فَأُنْكَرَ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّخْلِيفُ؛ كَمَا لَا يُحْلَفُ الشَّاهِدُ.

(الْفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي التَّسْوِيَةِ): وَلَيْسَوْ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي الْقِيَامِ وَالنَّظَرِ وَجَوَابِ السَّلَامِ وَأَنْوَاعِ الْإِكْرَامِ، وَلَهُ أَنْ يَرْفَعَ الْمُسْلِمَ عَلَى الدُّمِيِّ فِي الْمَجْلِسِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يَقُولُ: مَنِ الْمُدَّعِي

(١) قال الرافعي: «ويتنقض قضاء الحنفي في خيار المجلس والعرايا» هذا وجه من الأصحاب من ذهب إلى منع النقض، ورجحه مرجحون. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يحل للشفعوي شفعة الجار إن قضى بها له الحنفي» هذا وجه، ورجح جماعة من الأصحاب منهم صاحب «التهذيب» الحلّ وقالوا: ينفذ قضاؤه في محل الاختلاف ظاهراً أو باطناً. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولا يقضي بعلمه على أصح القولين» الأصح عند عامة الأصحاب أنه يقضي. [ت]

مِنْكُمْ، فَإِذَا أَدْعَى، طَالَبَ الثَّانِي بِالْجَوَابِ، فَإِنْ أَقْوَى، ثَبَّتَ الْحَقُّ مِنْ غَيْرِ قَوْلِهِ: «قَضَيْتُ»؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِنْ أَنْكَرَ، قَالَ لِلْمُدَّعِي: أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ؟ فَإِنْ قَالَ: لَا بَيِّنَةٌ لِي، ثُمَّ جَاءَ بِبَيِّنَةٍ، سُمِعَتْ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، فَلَعَلَّهُ تَذَكَّرَ، فَإِنْ تَرَاحَمَ الْمُدَّعُونَ، قُدِّمَ السَّابِقُ، فَإِنْ تَسَاوَوْا، أُفْرِغَ بَيْنَهُمْ، وَلَا يُقَدَّمُ لِشَرْفٍ إِلَّا الْمُسَافِرُ الْمُسْتَوْفِرُ، وَالْمَرْأَةُ، فَيُقَدِّمُهُمَا إِنْ رَأَى فِيهِ مَضْلَحَةً، وَكَذَلِكَ يَفْعَلُ الْمُفْتِي وَالْمُدْرُسُ عِنْدَ التَّرَاحُمِ، ثُمَّ السَّابِقُ بِالْقِرْعَةِ يَفْنَعُ بِخُصُومَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَا يَزِيدُ، وَإِنْ أَكْثَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَلَوْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَى الدَّعْوَى، فَقَالَ الْآخَرُ: كُنْتُ أَنَا الْمُدَّعِي، لَمْ يَنْفَعُهُ، بَلْ يُجِيبُ أَوَّلًا، ثُمَّ يَدَّعِي، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَخْضَرَ وَلَا يَمِ الْخَضَمَيْنِ، وَلَا بِأَسْ بَوْلِيمَةٍ غَيْرِهِمَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ هُوَ الْمَقْصُودَ بِالْدَّعْوَةِ.

(الْفَضْلُ الرَّابِعُ فِي التَّرْكِيبَةِ) وَيَجِبُ عَلَى الْقَاضِي الْأَسْتِزْكَاءُ، مَهْمَا شَكَّ وَإِنْ سَكَتَ الْخَضَمُ إِلَّا أَنْ يُقَرَّرَ الْخَضَمُ بَعْدَ التَّيَهُمَا، وَلِيَكْتَبَ إِلَى الْمُزَكِّينَ أَسْمَ الشَّاهِدَيْنِ وَالْخَضَمَيْنِ، فَلَعَلَّهُ يَعْرِفُ بَيْنَهُمَا عَدَاوَةً.

وَقِيلَ: يَكْتَبُ قَدْرَ الْمَالِ أَيْضًا، فَرُبَّمَا يَغْدِلُ فِي الْيَسِيرِ دُونَ الْكَثِيرِ.

وَقِيلَ: الْعَدَالَةُ لَا تَنْجَزُ.

وَصِفَةُ الْمُزَكِّي كَصِفَةِ الشَّاهِدِ، لَكِنْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ خَبِيرًا بِطَائِفٍ مَنِ يُعَدِّلُهُ بِصُحْبَةٍ مَعَهُ، وَلَا يَغْتَمِدُ فِي الْجَرْحِ إِلَّا الْعَيَّانَ.

وَلَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، إِنْ نَصَّبَ حَاكِمًا فِي التَّعْدِيلِ، وَيَجِبُ أَنْ يُشَافَةَ الْقَاضِي بِهِ، وَيَأْتِي بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ، فَيَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّهُ عَدْلٌ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ، فَرُبَّ عَدْلٍ مُغْفَلٍ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَلَا تَكْفِي الرُّفْعَةُ مَعَ شَهَادَةِ رَسُولَيْنِ عَدْلَيْنِ، وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجَرْحِ دُونَ التَّعْدِيلِ، فَإِنْ أَرْتَابَ الْقَاضِي بَعْدَ التَّرْكِيبَةِ لِتَوَهُمٍ غَلَطَ الشَّاهِدِ، فَلْيَبْحَثْ وَلْيَسْأَلْ عَنِ التَّفْصِيلِ^(١)، فَرُبَّمَا يَخْتَلِفُ كَلَامُ الشَّاهِدِ، فَإِنْ أَصَرَ عَلَى إِعَادَةِ الْكَلَامِ الْأَوَّلِ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَعَلَى الْقَاضِي الْحُكْمُ بَعْدَ الْبَحْثِ، وَإِنْ بَقِيَتِ الرِّبِّيَّةُ، وَبَيِّنَةُ الْجَرْحِ تُقَدَّمُ عَلَى بَيِّنَةِ التَّعْدِيلِ، وَقَوْلُ الْوَاحِدِ فِي الْجَرْحِ لَا يُقَابِلُ بَيِّنَةَ التَّعْدِيلِ، وَلَا يَجُوزُ الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ بِالنَّسَامِعِ، وَإِنْ شَهِدَ مَرَّةً أُخْرَى، رَجَعَ الْمُزَكِّي ثَانِيًا إِنْ طَالَ الزَّمَانُ.

(أَلْبَابُ الثَّالِثُ: فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ)

وَهُوَ نَافِذٌ (ح و)، وَيَتَعَلَّقُ النَّظَرُ بِأَرْكَانٍ:

(الرُّوْخُنُ الْأَوَّلُ: الدَّعْوَى)، وَلِيَكُنْ مَعْلُومًا، أَعْنِي جِنْسَ الْمَالِ وَقَدْرَهُ، وَصَرِيحًا، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنِّي مُطَالِبٌ بِهِ، وَلَا يَكْفِي قَوْلُهُ: لِي عَلَيْهِ كَذَا، وَلِيَكُنْ مَعَهُ بَيِّنَةٌ، وَيَدَّعِي جُحُودَ الْغَائِبِ، وَإِنْ

(١) قال الرافعي: «فإن ارتاب القاضي بعد التزكية لتوهم الشاهد فليبحث وليسأل عن التفصيل» فيه أمر بالبحث والاستفصال بعد التزكية والأظهر ما ذكره أصحابنا العراقيون وغيرهم أنه يقدم البحث والاستفصال على الاسترجاع. [ت]

أَقْرَبَ بَأْتُهُ مُعْتَرِفٌ، لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِمُجُودِهِ، فَوَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمُدَّعِي)، وَيُحْلَفُهُ الْقَاضِي بَعْدَ الْبَيِّنَةِ عَلَى عَدَمِ الْإِبْرَاءِ وَالْإِسْتِيْفَاءِ وَالْإِعْتِيَاظِ^(١)، وَيَجِبُ ذَلِكَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الدَّعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ أَوْ مَيِّتٍ، وَجِبَ وَجْهًا وَاحِدًا^(٢)، وَلَا يَجِبُ التَّعَرُّضُ فِي الْيَمِينِ؛ لِصِدْقِ الشُّهُودِ، وَإِنْ أَدْعَى وَكَيْلُهُ عَلَى الْغَائِبِ، فَلَا يُمَكِّنُ الْيَمِينُ، وَيُسَلِّمُ الْحَقَّ، بَلْ لَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْحَاضِرُ لَوَكَّيْلِ الْمُدَّعِي: أَبْرَأَنِي مُوَكَّلُكَ الْغَائِبِ، لَمْ يَنْفَعَهُ بَلْ يُسَلِّمُ الْمَالَ، ثُمَّ يُبَيِّنُ الْإِبْرَاءَ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: كَفَيْتُهُ إِنْهَاءَ الْحُكْمِ إِلَى الْقَاضِي الْآخَرِ)، وَذَلِكَ بِأَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى تَفْصِيلِ حُكْمِهِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ ذَلِكَ فِي كِتَابٍ مَخْتُومٍ، وَالْإِعْتِمَادُ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَلَوْ شَهِدَ بِخِلَافِ مَا فِي الْكِتَابِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ الْقَاضِي: أَشْهَدُكُمْ عَلَى أَنَّ مَا فِي الْكِتَابِ خَطِي، لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ، فَلَوْ قَالَ: مَا فِي الْكِتَابِ حُكْمِي، فَلَا أَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَكْفِي، مَا لَمْ يُفْصَلْ لَهُمَا مَا حَكَمَ بِهِ، وَلَوْ قَالَ الْمُقَرُّ: أَشْهَدُكَ عَلَى مَا فِي الْقَبَالَةِ، وَأَنَا عَالِمٌ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي حَتَّى إِذَا حَفِظَ الشَّاهِدُ الْقَبَالََةَ، أَوْ مَا فِيهَا، وَشَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ، جَازَ؛ إِذِ الْإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ صَحِيحٌ، ثُمَّ لِلشَّاهِدِ عَلَى الْحُكْمِ أَنْ يَشْهَدَ عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَعِنْدَ غَيْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكْتُبْ (ح) الْقَاضِي فِي كِتَابِهِ، أَنَّهُ إِلَى مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنَ الْقَضَاءِ، وَكَذَلِكَ يَشْهَدُ (ح)، وَإِنْ مَاتَ الْكَاتِبُ وَالْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، وَلَيْكُنْ عَدَالَةُ شُهُودِ الْكِتَابِ وَخُتْمُهُ ظَاهِرَةً عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَلَا يَكْفِي تَعْدِيلُهُمَا فِي ذَلِكَ الْكِتَابِ الَّذِي كُتِبَ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَيِّنُ بِشَهَادَتِهِمَا، وَلِيُذَكِّرَ فِي الْكِتَابِ اسْمُ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ وَاسْمُ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَحَلِيتُهُ، بِحَيْثُ يَتِمَّزُّ بِهِ، وَإِنْ أَدْعَى الْمَأْخُودُ، أَنَّ فِي الْبَلَدِ مَنْ يُشَارِكُهُ فِي تِلْكَ الصِّفَاتِ، وَأَظْهَرَهُ، أَنْصَرَفَ الْقَضَاءُ عَنْهُ، وَإِنْ أَتَكَرَّ كَوْنُهُ مُسَمًّى بِذَلِكَ الْأَسْمِ، حَلَفَ، وَأَنْصَرَفَ عَنْهُ الْقَضَاءُ، وَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَ الْمُدَّعِي، تَوَجَّهَ الْحُكْمُ، فَإِنْ لَمْ يَخْلِفْ عَلَى نَفْيِ الْأَسْمِ، بَلْ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، لَمْ يَقْبَلْ، وَلَوْ قَصَرَ الْقَاضِي، فَلَمْ يَكْتُبْ إِلَّا أَنِّي حَكَمْتُ عَلَى مُحَمَّدَ بْنِ أَحْمَدَ، فَالْحُكْمُ بَاطِلٌ، حَتَّى لَوْ أَقْرَأَ رَجُلٌ، أَنَّهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ، وَأَنَّهُ الْمَغْنِيُّ بِالْكِتَابِ، وَلَكِنَّهُ أَتَكَرَّ الْحَقُّ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ (و) بِالْقَضَاءِ الْمُبْهِمِ فِي نَفْسِهِ، أَمَّا الْكِتَابُ الْمَجْرَدُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ عَلَى الْحُكْمِ، فَلَا أَثَرُ لَهُ (م و)، وَلَوْ شَافَهُ الْقَاضِي الْآخَرَ، لَمْ يَكْفِ؛ لِأَنَّ السَّامِعَ وَالْمُسْمِعَ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ؛ فَلَا يَصِحُّ سَمَاعُهُ وَلَا يَصِحُّ إِسْمَاعُهُ إِلَّا إِذَا جَوَزْنَا قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدَةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ تَبَادَا مِنْ طَرَفَيْنِ وَلَايَتَيْهِمَا، فَذَلِكَ أَقْوَى مِنَ الشَّهَادَةِ، فَيُعْتَمَدُ، أَمَّا إِذَا كَانَ الْمُسْمِعُ فِي مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ دُونَ السَّامِعِ، فَرَجَعَ السَّامِعُ إِلَى مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ، وَحَكَمَ بِهِ، صَحَّ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ كَشَهَادَةٍ يَسْمَعُهَا فِي غَيْرِ وَلَايَتِهِ، فَلَا يَصِحُّ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا قَضَى عَلَى الْغَائِبِ، أَمَّا لَوْ أَقْصَرَ عَلَى سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ، وَكُتِبَ إِلَى قَاضِي، آخَرَ؛ حَتَّى يَقْضِي، جَازَ مَهْمَا

(١) قال الرافعي: «ويحلفه القاضي بعد البينة على عدم الإبراء والاستيفاء والاعتياض ويجب ذلك على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن كان الدعوى على صبي أو مجنون أو ميت وجب وجهاً واحداً الظاهر طرد الخلاف، وإن كان التحليف في هذه الصورة أولى. [ت]

ذَكَرَ اسْمَ شُهَدِ الْوَاقِعَةِ، وَعَلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ أَنْ يَبْحَثَ عَنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ، وَكَأَنَّ الْأَوَّلَ نَابَ عَنْهُ فِي سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ فَقَطْ، فَعَلَيْهِ التَّعْدِيلُ وَالْحُكْمُ، فَإِنْ كَتَبَ الْأَوَّلُ عَدَالَتَهُمَا، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ، جَازَ أَنْ يَعْتَمِدَهُ، إِذَا رَأَى ذَلِكَ^(١)، ثُمَّ الْخَصْمُ إِنْ أَدْعَى جَرْحًا، فَلْيُظْهِرْهُ بِشَاهِدَيْنِ، وَيُمْهَلُ ثَلَاثَةُ (و) أَيَّامٍ، وَإِنْ قَالَ: لَا أَتَمَكَّنُ مِنْ جَرْحِهِمْ إِلَّا فِي بِلَادِهِمْ، فَلَا يُمْكِنُ مِنْهُ، بَلْ يُسَلِّمُ الْمَالَ، ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ الْجَرْحُ، اسْتَرَدَّ.

(فَرَعُ): لَوْ كَانَ فِي الْبَلَدِ قَاضِيَانِ، وَجَوَزْنَا ذَلِكَ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ سَمِعْتُ الْبَيِّنَةَ، فَأَقْضِ، فَجَوَّازُ الْقَضَاءِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ ذَلِكَ نَقْلٌ لِلشَّهَادَةِ أَوْ حُكْمٌ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ نَقْلٌ، فَكَيْفَ يُقْبَلُ مَعَ حُضُورِ الْأَصْلِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ حُكْمٌ^(٢)، وَلَوْ كَانَ نَقْلًا، لَمَا اكْتَفَى، بِقَوْلِ وَاحِدٍ عِنْدَ الْغَيْبَةِ، لَكِنَّهُ حُكْمٌ بِقِيَامِ الْبَيِّنَةِ فَقَطْ.

(الرُّكْنُ: الرَّابِعُ الْمَخْكُومُ بِهِ)، وَذَلِكَ لَا يَخْفَى فِي الدَّيْنِ وَالْعَقَارِ الَّذِي يُمَكِّنُ تَغْرِيفُهُ بِالْحَدِّ، أَمَّا الْعَبْدُ وَالْفَرَسُ وَمَا يَتَمَيَّزُ بِعَلَامَةٍ، فَإِنْ كَانَ غَائِبًا، فَفِي الْحُكْمِ عَلَى غَيْبَتِهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: (٣)
(أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَجُوزُ (ح و) التَّغْرِيفُ بِالْحَلِيَّةِ؛ كَالْمَخْكُومِ عَلَيْهِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ كَالْكِرْبَاسِ وَسَائِرِ الْأَمْتَعَةِ، فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِقِيَمَتِهِ، وَيَجِبُ ذِكْرُ الْقِيَمَةِ وَلَا يَجِبُ ذِكْرُ الصِّفَاتِ، وَلَا بَأْسَ لَوْ ذَكَرَهَا فِي الْكِتَابِ، أَمَّا قِيَمَةُ الْعَقَارِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ لَا يَجِبُ ذِكْرُ قِيَمَتِهِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ، وَلَا يَقْضِي، بَلْ يَكْتُبُ بِالسَّمَاعِ إِلَى الْقَاضِيِ الْآخَرِ، وَفَإِذْهُ أَنْ يُسَلِّمَ عَيْنَ الْعَبْدِ الْمُوصُوفِ إِلَيْهِ لِيَحْمِلَهُ إِلَى بَلَدِ الشُّهُودِ؛ لِيُعَيِّنُوهُ بِالْإِشَارَةِ، وَيَلْزُمُهُ كَفِيلٌ بِالْبَدَنِ؛

(١) قال الرافعي: «فإن كتب الأول عدالتهما وأشهد عليه جاز أن يعتمد إن رأى ذلك» ظاهره يقتضي جواز البحث والاستزكاء للثاني، والقياس أن يأخذ بذلك التعديل؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البيينة إن كان حكماً بقيام البيينة، فلا حاجة إلى البحث، وعليه الأخذ بقوله: قامت عندي بيينة عادلة، وإن كان نقلاً للشهادة، فشاهد الفرع إذا زكى شاهد الأصل، وهو في أهل التعديل كفر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «لو كان في البلد قاضيان، وجوزنا ذلك فقال أحدهما للآخر: سمعت البيينة فاقض إلى قوله والظاهر أنه حكم» اختار الإمام وصاحب الكتاب أن إنهاء الحال إلى القاضي الآخر حكم بقيام البيينة فيجوز للقاضي الآخر الحكم، وعامة الأصحاب منعوا منه، وكان إنهاء الحال إلى القاضي الآخر عندهم نقل لشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول، ولا يجوز الحكم بشهادة الفروع مع حضور الأصول. [ت]
وقال أيضاً: «فقال أحدهما للآخر: سمعت البيينة فاقض» كلمة «فاقض» ليست بشرط في صورة

المسألة، بل إذا جوزنا القضاء للآخر كفى قوله: سمعت البيينة [ت]

(٣) قال الرافعي: «أما العبد والفرس وما يتميز بعلامة فإن كان غائباً ففي الحكم على غيبته ثلاثة أقوال... إلى آخرها» أي في الحكم وسماع البيينة اتبع في هذا الإمام حيث قال: ما يمكن تعريفه بالصفات والحلي كالرقيق والدواب فيه الأقوال الثلاثة، وما لا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس، فلا ترتبط الدعوى والحكم بعينها، بل بالقيمة، وعامة الأصحاب لم يفرقوا، وقالوا: جميع المنقولات إذا كانت عامة على الأقوال الثلاثة. [ت]

لِيَأْخُذَ الْعَبْدَ مِنْ صَاحِبِ يَدِهِ.

وَفِي وَجْهِ: لَا يَكْفِي ذَلِكَ، بَلْ يَلْزِمُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْعَبْدَ، وَيُضْمَنَ عَنْهُ الثَّمَنَ ضَامِنٌ. فَإِنْ ثَبَتَ مِلْكُهُ فِيهِ، بَانَ بَطْلَانُ الشَّرَاءِ.

وَفِي وَجْهِ: يَلْزَمُ تَسْلِيمُ الْقِيَمَةِ، فِي الْحَالِ^(١)؛ لِلْخِلْوَةِ، ثُمَّ يَسْتَرُدُّ لَوْ ثَبَتَ مِلْكُهُ.

أَمَّا إِذَا كَانَ الْمَخْكُومُ عَلَيْهِ حَاضِرًا، وَالْعَبْدُ حَاضِرًا، وَلَمْ يَحْضُرْهُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، طُولَبَ بِإِحْضَارِهِ بَعْدَ قِيَامِ الْحُجَّةِ عَلَى الصِّفَةِ^(٢)، وَإِنْ عَرَفَ الْقَاضِي الْعَبْدَ، حَكَمَ بِهِ دُونَ الْإِحْضَارِ، وَإِنْ أَنْكَرَ وَجُودَ مِثْلِ هَذَا الْعَبْدِ فِي يَدِهِ، فَعَلَى الْمُدْعَى بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ أَقَامَ أَوْ حَلَفَ بَعْدَ نُكُولٍ، اسْتَفَادَ بِهِ حِسَبَهُ إِلَى أَنْ يُحْضَرَهُ وَيَتَخَلَّدَ عَلَيْهِ الْحَبْسُ، فَلَا يَتَخَلَّصُ إِلَّا بِإِحْضَارِهِ أَوْ دَعْوَى التَّلَفِ؛ حَتَّى تُقْبَلَ مِنْهُ الْقِيَمَةُ، وَتُقْبَلَ دَعْوَى التَّلَفِ لِلضَّرُورَةِ؛ كَيْلَا يَتَخَلَّدَ الْحَبْسُ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِهِ هَذَا الْعَبْدَ الْمَوْصُوفَ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ، بَطَلَ الدَّعْوَى، فَسَبِيلُ الْمُدْعَى، إِذَا عَلِمَ؛ أَنَّهُ يَخْلِفُ - أَنْ يُحَوَّلَ الدَّعْوَى إِلَى الْقِيَمَةِ؛ فَإِنْ ذَلِكَ يَنْبُثُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الصِّفَةِ.

فَلَوْ قَالَ: أَدَّعِي عَبْدًا قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ، فَإِنَّمَا أَنْ يَرَدَّ الْعَيْنُ أَوْ الْقِيَمَةُ، فَفِي صِحَّةِ الدَّعْوَى مَعَ التَّرَدُّدِ وَجْهَانِ، وَأَصْطَلَحَ الْقَضَاءُ عَلَى قَبُولِهَا لِلْحَاجَةِ.

(فَرْعٌ): لَوْ أَخْضَرَ الْعَبْدَ الْغَائِبَ، فَلَمْ يَنْبُثْ مِلْكُ الْمُدْعَى، فَعَلَيْهِ مُؤَنَةُ الْإِحْضَارِ، وَمُؤَنَةُ الرَّدِّ، وَلَا يُغَرِّمُ مُنْفَعَةُ الْعَبْدِ الَّتِي تَعَطَّلَتْ؛ كَمَا لَا يُغَرِّمُ مُنْفَعَةُ الْمَخْكُومِ عَلَيْهِ، وَيُخْتَمَلُ هَذَا لِلْحَاجَةِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ: الْمَخْكُومُ عَلَيْهِ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ غَائِبًا (و) فَوْقَ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يَجُوزُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ دُونَ حُضُورِهِ، وَإِنْ تَوَارَى أَوْ تَعَذَّرَ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ كَالْغَائِبِ، وَمَهْمَا غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْعَدْوَى، وَلَمْ يَكُنْ فِي مَوْضِعِهِ حَاكِمٌ، جَازَ لِلْقَاضِي إِحْضَارُهُ، وَلَكِنْ بَعْدَ إِقَامَةِ (و) الْبَيِّنَةِ، أَمَّا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى، فَلَا، وَإِنْ كَانَ لِلْغَائِبِ مَالٌ فِي الْبَلَدِ، وَجَبَ التَّوْفِيقُ مِنْهُ، وَهَلْ يُطَالَبُ بِكَفِيلٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فُرُوعٌ):

(الْأَوَّلُ): فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ فِي الْعُقُوبَاتِ قَوْلَانِ، وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي،

(١) قال الرافعي: «ويلزمه كفيل بالبدن إلى قوله وفي وجه يلزم تسليم القيمة في الحال» وقوله في وجه لا يكفي ذلك - المشهور من هذا الخلاف القول لا الوجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: أما إذا كان المحكوم عليه حاضراً، أو العبد حاضراً ولم يحضر المدعى عليه طولب بإحضاره بعد قيام الحجة على الصفة. هذا التقييد غير مساعد عليه، بل يجب إحضاره قبل البينة على الصفة، ومهما غاب إلى مسافة العدوى، ولم يكن في موضعه حاكم جاز للقاضي إحضاره، ولكن بعد قيام البينة، ووجه بأنه قد لا يكون له حجة فيتضرر المطلوب بالإحضار ولم يتعرض الأكثرون لذلك ولكن قالوا: يبحث القاضي عن دعواه، وعن جهتها، فقد يريد مطالبتها بما لا يعتقده القاضي كالذي يريد مطالبة المسلم بضمأن الخمر. [ت]

وَلَا الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي عُقُوبَةٍ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَفِي الْقِصَاصِ أَوَّلَى بِالْقَبُولِ مِنَ الْحُدُودِ.

(الثاني): لَوْ غُزِلَ الْقَاضِي بَعْدَ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ، ثُمَّ وُلِّيَ، وَجَبَ الِاسْتِعَادَةُ، وَلَوْ خَرَجَ مِنْ وَلَايَتِهِ ثُمَّ عَادَ، فَفِي الِاسْتِعَادَةِ وَجْهَانِ.

(الثالث): الْمُخَدَّرَةُ لَا تَحْضُرُ مَجْلِسَ الْحُكْمِ لِلتَّخْلِيفِ، بَلْ يَبْعَثُ إِلَيْهَا الْقَاضِي مَنْ يُحْلِفُهَا.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يَلْزِمُهَا الْحُضُورَ.

وَقِيلَ: الْمُخَدَّرَةُ هِيَ الَّتِي لَا تَخْرُجُ أَضْلًا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ.

وَقِيلَ: هِيَ الَّتِي لَا تَخْرُجُ إِلَى الْحَمَامِ، وَإِلَى الْعَزَاءِ وَالزِّيَارَاتِ إِلَّا نَادِرًا.

(الرابع): لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُرَوِّجَ أَمْرًا خَارِجَةً عَنْ مَحَلِّ وَلَايَتِهِ إِلَّا إِذَا دَخَلَتْ وَلَايَتُهُ، وَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ حَاضِرٍ لِيَتِمَّ غَائِبٍ عَنْ وَلَايَتِهِ، لَكِنْ إِذَا أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ؛ كَمَا يَفْعَلُ فِي مَالِ كُلِّ غَائِبٍ، فَهَلْ لَهُ نَضْبُ الْقِيمِ فِي ذَلِكَ الْمَالِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

(الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي الْقِسْمَةِ)

وَهِيَ إِنْ كَانَتْ بِالْإِجْبَارِ، فَهَلْ يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ فِي الْقَاسِمِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَالْمُقَوِّمُ يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ، وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِالتَّقْوِيمِ بِبَصِيرَةٍ نَفْسِهِ، وَإِنْ قُلْنَا يَقْضِي بِعِلْمِهِ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ تَخْمِينٍ، وَيَحْكُمُ بِالْعَدَالَةِ بِبَصِيرَةٍ نَفْسِهِ^(١).

وَأَجْزَةُ الْقِسَامِ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ، أَوْ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ؛ كَالشُّفَعَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ قَطْعًا.

وَإِذَا كَانَ الْقِسَامُ يُقَسَّمُ بِرِضَا الشُّرَكَاءِ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِاسْتِثْجَارِهِ؛ فَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مَا سَمِيَ فِي الْإِجَارَةِ، وَتَجِبُ فِي حِصَّةِ الطُّفْلِ، إِذَا طُولِبَ بِالْقِسْمَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غِبْطَةٌ، لَكِنْ الْقِيمُ لَا يَطْلُبُ الْقِسْمَةَ إِلَّا عِنْدَ الْغِبْطَةِ.

(وَأَعْلَمَ) أَنَّ الْإِجْبَارَ إِنَّمَا يَجْرِي فِي قِسْمَةِ الْإِفْرَازِ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ قَابِلًا لِلْقِسْمَةِ إِلَى أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةِ الصِّفَاتِ، وَيَتَنَقَّى الِانْتِفَاعُ؛ كَذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، أَوْ كَالْكِزْبَاسِ وَالْأَرْضِ.

(وَكَيْفِيَّةُ قِسْمَةِ الْأَرْضِ) أَنْ تُقَسَّمَ بِالْأَجْزَاءِ بِحَسَبِ أَقْلِ الْأَجْزَاءِ، فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ لَوَاحِدٍ نَضْفُهَا، وَلَا خَرَّ ثُلُثُهَا، وَلَا خَرَّ سُدُسُهَا، فَسَمِ بِسِتَّةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْمِسَاحَةِ، وَيَكْتُبُ أَسَامِيَ (و) الْمُلَّاكِ عَلَى ثَلَاثِ رِقَاعٍ، وَيُدْرَجُهَا فِي بَنَادِقٍ مُتَسَاوِيَةٍ يُخْرِجُهَا مَنْ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ، وَيَقِفُ الْقِسَامُ عَلَى طَرَفِ الْأَرْضِ، فَإِذَا خَرَجَ مَثَلًا أَسْمُ صَاحِبِ النُّصْفِ، سَلَّمَ إِلَيْهِ الْجُزْءَ الْأَوَّلَ وَمَا يَلِيهِ إِلَى تَمَامِ

(١) قال الرافعي: «ويحكم في العدالة ببصيرة نفسه» هذا مذكور في فصل مستند القضاء، وقال أيضاً: «وليس للقاضي أن يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه... إلى آخره» هذه طريقة، والأشبه أنه على الخلاف في القضاء بالعلم. [ت]

النَّصْفِ، ثُمَّ يَخْرُجُ اسْمُ الْآخِرِ كَذَلِكَ، أَمَّا الطَّاحُونَةُ وَالْحَمَامُ وَمَا لَا يَبْقَى مُتَّفَعًا بِهِ، لَا يُجْبَرُ فِيهَا عَلَى الْقِسْمَةِ، وَلَوْ مَلَكَ مِنْ دَارٍ عَشْرًا لَا يَضْلُعُ لِلْمَسْكَنِ، لَوْ أَفْرَزَ، فَطَلَبَ الْقِسْمَةَ، فَلَا يُجَابُ (ح م)؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و) وَلَوْ طَلَبَ صَاحِبُهُ، لَزِمَتْهُ الْإِجَابَةُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، فَإِنْ كَانَ الْحَمَامُ كَبِيرًا، يَبْقَى الْمَنْفَعَةُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ إِنْ أُحْدِثَ مُسْتَوْقَدٌ وَبَثِرَ، فِيهِ الْإِجْبَارُ وَجِهَانٌ.

(فَرَزَ): إِذَا أَدْعَى غَلَطًا فِي قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ، لَمْ يُسْمَعْ عَلَى قَسَامِ الْقَاضِي دَعْوَاهُ، وَلَا تَتَوَجَّهَ الْيَمِينُ، لَكِنْ إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ، أُعِيدَتِ الْقِسْمَةُ، وَإِنْ كَانَ قِسْمَةُ التَّرَاضِي، وَقُلْنَا: إِنَّهُ بَيْعٌ، وَجَرَى لَفْظُ مِلْكٍ، فَلَا يَنْفَعُهُ الْغَلَطُ، بَلْ هُوَ كَالْعَبْنِ؛ لَا يُوجِبُ التَّقْضَ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ، أَنَّهُ يُنْقَضُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِفْرَازٌ، فَتَوَجَّهَ الْيَمِينُ، وَيُنْقَضُ عِنْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ، وَلَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ بَعْدَ قِسْمَةِ التَّرَكَةِ، تُقْضَتْ إِلَّا إِذَا وَفَّو بِالذَّيْنِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَبَيِّنُ الْبُطْلَانُ بِكُلِّ حَالٍ.

وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَالِ شَائِعًا، انْتَقَضَ فِي الْمُسْتَحَقِّ دُونَ الْبَاقِي.

وَقِيلَ: يُنْقَضُ؛ لِتَفَرُّقِ الصَّفَةِ.

(أَمَّا قِسْمَةُ التَّعْدِيلِ): فِيهِ الْإِجْبَارُ عَلَيْهَا وَجِهَانٌ، وَهُوَ أَنْ يُخْلَفَ عَلَى ثَلَاثَةِ بَيِّنَاتٍ ثَلَاثَةَ أَغْنِدٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيَمَةِ، أَوْ عَبْدًا وَطَّاحُونَةً وَحَمَامًا، أَوْ أَقِمَشَةً يُمَكِّنُ تَعْدِيلُ سِهَامِهَا بِالْقِيَمَةِ، أَمَّا إِذَا خَلَفَ قَطَعَ أَرْضٍ يَقْبَلُ قِسْمَةَ الْإِفْرَازِ، فَلَا يُجْبَرُ فِيهَا عَلَى قِسْمَةِ التَّعْدِيلِ أَصْلًا.

وَلَوْ كَانَ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ عَرِصَةٌ، وَالثُّلُثُ بِالْمِسَاحَةِ، نُصِفَ بِالْقِيَمَةِ؛ لِقُرْبِهِ مِنَ الْمَاءِ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى ذَلِكَ.

وَالدَّارُ الْمُخْتَلِفَةُ الْآبِنِيَّةِ مِنْ جُمْلَةِ قِسْمَةِ التَّعْدِيلِ، وَاللِّبْنَاتُ الْمُخْتَلِفَةُ الْقَوَالِبِ كَذَلِكَ، فَإِنْ تَسَاوَتِ الْقَوَالِبُ، فَيُجْبَرُ.

(أَمَّا قِسْمَةُ الرَّدِّ)، وَهُوَ أَنْ يُخْلَفَ عَبْدَيْنِ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا أَلْفٌ، وَقِيَمَةُ الْآخَرِ سِتْمِائَةٌ، فَلَوْ رَدَّ أَحَدُ النَّفِيسِ مِائَتَيْنِ، اسْتَوَيَا، وَلَا إِجْبَارَ عَلَى هَذَا أَصْلًا، وَلَوْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالْخَسِيسِ، وَخُمُسِ النَّفِيسِ، لَتَزَوَّلَ الشَّرِكَةُ عَنْ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ، اسْتَوَيَا، وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ، أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَضَلَّ الشَّرِكَةَ قَائِمًا.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَقِسْمَةِ التَّعْدِيلِ.

ثُمَّ قِسْمَةُ الْمُتَشَابِهَاتِ بَيْعٌ أَوْ إِفْرَازٌ حَقٌّ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ قِسْمَةَ التَّعْدِيلِ بَيْعٌ.

وَقِيلَ قَوْلَانِ.

ثُمَّ يَجِبُ الرِّضَا حَيْثُ لَا يُجْبَرُ، وَيَكْفِي قَوْلُهُ: رَضِيتُ، بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ، وَالرِّضَا قَبْلَهُ، هَلْ يَكْفِي؟ فِيهِ وَجِهَانٌ، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: رَضِيتُ، مَا لَمْ يَقُلْ: رَضِيتُ بِالْقِسْمَةِ، أَوْ قَاسَمْتُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ بَيْعٌ.

فَزَعَانِ:

الْأَوَّلُ: الْقَنَاةُ وَالْحَمَّامُ وَمَا لَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ تَجْرِي فِيهَا الْمُهَابَاةُ، وَلَكِنْ لَا يُجْبَرُ (و) عَلَيْهَا، وَلَا تَلْزَمُ، بَلْ لَهُ الْوُجُوعُ، وَلَكِنْ يَزْجَعُ فِي الْحَالِ، أَمْ يَضْبِرُ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ نَوْبَتَهُ، ثُمَّ يَزْجَعُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(١)، فَإِنْ جَوَزْنَا، غُرِمَ قِيَمَةٌ مَا أَسْتَوْفَاهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الشَّرَكَاءُ، وَأَصْرُوا، تَرَكْنَاهُمْ، وَلَمْ نَبْغِ عَلَيْهِمْ.

(الثَّانِي) لَوْ تَقَدَّمَ جَمَاعَةٌ، وَالتَّمَسُّوا الْقِسْمَةَ مِنَ الْقَاضِي، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ عَلَى الْمَلِكِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يَجِبُ، وَيَكْتُبُ؛ أَنَّهُ قُسِمَ بِقَوْلِهِمْ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ لَا يَجِبُ (ح) بِغَيْرِ حُجَّةٍ.

(١) قال الرافعي: «القناة والحمام وما لا يقبل القسمة تجري فيها المهابة... إلى قوله: وجهان» قضيته إثبات وجهين في الرجوع بعد استيفاء التوبة مع الحكم بنفي الإيجاب في الابتداء، والأشهر الاقتصار على بناء وجهي الرجوع على الوجهين في الإيجاب على المهابة... ابتداء. [ت]

(كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، وَفِيهِ أَبْوَابُ سِتَّةَ:)

(الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِيمَا يُفِيدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ)

وَهِيَ التَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ كَافِرٍ مُضِلًّا، وَلَا عَلَى كَافِرٍ، وَوَرَاءَ هَذِهِ ثَلَاثُ صِفَاتٍ:

(الأولى: العَدَالَةُ)، وَمَنْ يُقَدِّمُ عَلَى كَبِيرَةٍ أَوْ يُصِرُّ عَلَى صَغِيرَةٍ فَهُوَ فَاسِقٌ؛ لَا تُقْبَلُ (ح) شَهَادَتُهُ، وَأَمَّا الْإِلْمَامُ بِكَذِبَةِ أَوْ غِيْبَةِ أَوْ صَغِيرَةٍ، جَرَى عَنْ هَفْوَةٍ، أَوْ فِتْرَةٍ، مَعَ اسْتِشْعَارِ نَدَمٍ وَخَوْفٍ، فَلَا تُبْطَلُ الثَّقَةُ، وَاللَّعِبُ بِالشُّطْرَنِجِ (ح م و) وَالْحَمَامِ (ح م) وَسَمَاعُ (و) الْغِنَاءِ وَالرَّقْصُ (و) وَنَظْمُ الشَّعْرِ الَّذِي لَا هَجْوَ فِيهِ وَلَا فُخْشَ وَلَا تَشْيِيبَ بِأَمْرَاءٍ مُعَيَّنَةٍ وَسَمَاعُ الدُّثِّ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ (و) جَلَّاجِلٌ؛ وَكَذَا سَمَاعُ الطَّبْلِ إِلَّا طَبْلَ الْمُخَنَّثِينَ، كُلُّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَرَامٍ، لَكِنَّ الْمُواظَبَةَ عَلَيْهَا قَدْ تَخَرَّمَ الْمُرُوءَةُ فِي حَقِّ بَغْضِ النَّاسِ، فَيَقْدَحُ، وَأَمَّا التَّرُدُّ (ح و) وَسَمَاعُ الْأَوْتَارِ وَالْمَعَازِفِ وَالْمِزْمَارِ الْعِرَاقِيِّ وَمَا هُوَ شِعَارُ الشَّرْبِ وَنَظْمُ الْهَجْوِ وَإِنْشَادُهُ وَلُبْسُ الْحَرِيرِ وَالْجُلُوسُ عَلَيْهِ وَالتَّخَنُّمُ بِالذَّهَبِ كُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ، وَلَكِنْ لَا تُرَدُّ (و) الشَّهَادَةُ بِالْمَرَّةِ الْوَاحِدَةِ، بَلْ بِالْإِضْرَارِ إِلَّا فِي بَلَدَةٍ يَغْظُمُ عَنْدهُمْ سَمَاعُ الْأَوْتَارِ، وَالْإِقْدَامُ مَرَّةً يُشْعِرُ بِالْإِنْجِلَالِ، وَلَا يَخْلُو الْإِنْسَانُ عَنْ غِيْبَةٍ وَكَذِبٍ وَنَمِيمَةٍ^(١) وَلَعِنَ وَسَفَاهَةٍ فِي غَضَبٍ، فَلَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِسَبَبِهَا إِلَّا عِنْدَ الْإِضْرَارِ، وَالنَّصُّ أَنَّ الْحَقْفَى إِذَا شَرِبَ النَّبِيذَ، حُدَّ، وَقَبِلَتْ (م) شَهَادَتُهُ؛

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَحْدُ.

وَوَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ.

(الوصفُ الثاني: المرُوءَةُ)، فَمَنْ يَزْكِبُ مَا لَا يَلِيقُ بِأَمثَالِهِ مِنَ الْمُبَاحَاتِ، بِحَيْثُ يُسَخَّرُ بِهِ؛ كَالْفَقِيهِ يَلْبَسُ الْقَبَاءَ وَالْقَلَنْسُوَّةَ، وَيَأْكُلُ وَيَبُولُ فِي الْأَسْوَاقِ، أَوْ أَكَبَّ عَلَى اللَّعِبِ بِالشُّطْرَنِجِ أَوْ الْحَمَامِ أَوْ الرَّقْصِ أَوْ الْغِنَاءِ، فَكُلُّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي عَقْلِهِ، أَوْ قَلَّةٍ مَبَالَاةٍ فِيهِ، فَتَسْقُطُ الثَّقَةُ بِقَوْلِهِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالْأَشْخَاصِ وَالْأَحْوَالِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ شَهَادَةَ الْكَثَّاسِ وَالذَّبَّاعِ وَالْحَجَّامِ وَالْحَائِكِ وَذَوِي الْحَرْفِ الْخَسِيسَةِ مَقْبُولَةٌ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ صَنْعَةِ آبَائِهِمْ، فَأَمَّا اخْتِيَارُ ذَلِكَ مِمَّنْ لَا يَلِيقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي الْعَقْلِ وَيَخَرِّمُ الْمُرُوءَةَ.

(الوصفُ الثالث: الْإِنْفِكَاءُ عَنِ الثُّهْمَةِ)، وَلَهَا أَسْبَابُ:

(الأول): أَنْ يَجْرِيَ إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعًا؛ كَمَنْ يَشْهَدُ؛ أَنَّ فَلَانًا جَرَحَ مُورَثَهُ، أَوْ يَدْفَعُ

(١) قال الرافعي: «وليس يخلو الإنسان عن كذبه وغيبه ونميمة إلى آخره» يغني عنه قوله من قبل: «وأما الإلمام بكذبه أو غيبه أو صغيرة... إلى آخره». [ت]

كَالْعَاقِلَةِ، إِذَا شَهِدَتْ بِفَسْقِ شُهْودِ الْقَتْلِ الْخَطَا، فَلَا يُقْبَلُ، وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لَمْ يُؤْزَرْهُ الْمَجْرُوحُ أَوْ الْمَرِيضُ، قَبْلَ، وَلَوْ شَهِدَا لِرَجُلَيْنِ بِوَصِيَّةٍ لَهُمَا مِنْ تَرَكَهُ، فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ أَيْضاً بِوَصِيَّةٍ فِيهَا، قَبِلَتْ (ح) الشَّهَادَاتُ (ح)؛ وَكَذَا رُفَقَاءُ الْقَافِلَةِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ.

(الثَّانِي: الْبَعْضِيَّةُ)، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ (م)، بَلْ لِلْفُرُوعِ، وَالْأَصُولِ وَكُلٌّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ^(١)، وَتُقْبَلُ (ح م) شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ، عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى زَوْجَتِهِ بِالزَّوْنِ، مَعَ ثَلَاثَةٍ مِنَ الْعُدُولِ، وَتُقْبَلُ عَلَى الْوَلَدِ وَعَلَى الْوَالِدِ (و)، وَإِنْ كَانَتْ (ح) يَعْقُوبِيَّةً، وَفِي حَبْسِ الْوَالِدِ بِدَيْنٍ وَلَدِهِ وَجَهَانٍ^(٢).

وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لَمْ يُشْتَرِكْ بَيْنَ وَلَدِهِ وَأَجْنَبِيٍّ، رُدَّ فِي حَقِّ وَلَدِهِ، وَفِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ وَجَهَانٍ^(٣)، لِنَبْعِضِ اللَّفْظِ.

(الثَّالِثُ: الْعَدَاوَةُ) فَلَا تُقْبَلُ (ح) عَلَى الْعَدُوِّ، وَتُقْبَلُ لَهُ، وَالْعَدَاوَةُ هِيَ الَّتِي تُظْهَرُ الْعُصْبُ، وَتَحْمِلُ عَلَى الْفَرَجِ بِالْمُصِيبَةِ وَالْغَمِّ بِالسُّرُورِ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ لِلصَّدِيقِ وَالْأَخِ، وَتُقْبَلُ (و م) شَهَادَةُ الْمُبْتَدِعَةِ؛ إِذِ الصَّحِيحُ (و) أَنَّهُمْ لَا يُكْفَرُونَ، وَلَا تُقْبَلُ (و) شَهَادَةُ مَنْ يَطْمَنُ عَلَى الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَيَقْدِفُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا؛ لِأَنَّهَا مُخَصَّنَةٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ.

(الرَّابِعُ: التَّغَافُلُ) قُرْبٌ عَدْلٍ يَكْثُرُ سَهْوُهُ وَوَهْمُهُ وَلَا يَسْتَقِيمُ تَحْقِطُهُ وَضَبْطُهُ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَحْتَمِلُ الْغَلَطَ.

(الخَامِسُ: دَفْعُ عَارِ الْكَذِبِ)، فَمَنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِفَسْقٍ، فَتَابَ، قَبِلَتْ شَهَادَتُهُ، إِلَّا إِذَا أَعَادَ تِلْكَ الشَّهَادَةَ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِذَلِكَ عَارَ الْكَذِبِ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ الْمُعَادَةُ مِنَ الْعَبْدِ وَالْكَافِرِ وَالصَّبِيِّ، إِذَا زَالَ نُقْصَانُهُمْ، وَهَلْ تُقْبَلُ الْمُعَادَةُ مِنَ الْفَاسِقِ الْمُغْلَبِ وَالْعَدُوِّ وَالسَّيِّدِ إِذَا شَهِدَ لِمُكَاتِبِهِ؟ فِيهِ وَجَهَانٌ.

(السَّادِسُ): الْحِرْصُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِالْمُبَادَرَةِ قَبْلَ الدَّعْوَى، فَلَا تُقْبَلُ، وَبَعْدَ الدَّعْوَى وَقَبْلَ الِاسْتِشْهَادِ وَجَهَانٌ، فَإِنْ لَمْ تُقْبَلْ، فَهَلْ يَصِيرُ بِهِ مَجْرُوحاً؟ فِيهِ وَجَهَانٌ، وَلَوْ جَلَسَ مُخْتَفِئاً فِي زَاوِيَةٍ لَتَحْمَلَ شَهَادَةً، قَبِلَتْ (م و)، وَلَا تُحْمَلُ عَلَى الْحِرْصِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَسْبَةِ أَبَدَاءً فِيمَا لِلَّهِ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ؛ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ (ح) وَالْخُلْعِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ وَتَحْرِيمِ الرِّضَاعِ، وَأَخْتَلَفُوا (و) فِي الْوَقْفِ عَلَى مُعَيَّنٍ، وَفِي النَّسَبِ، وَفِي شِرَاءِ الْقَرِيبِ الْمُوجِبِ لِلْعَتَقِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَدَوِيِّ عَلَى الْقُرَوِيِّ، وَالْقُرَوِيِّ عَلَى الْبَدَوِيِّ، وَشَهَادَةُ (ح) الْمَخْذُودِ فِي الْقَذْفِ، إِذَا تَابَ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ:

(١) قال الرافعي: «بل للفروع والأصول وكل من يستحق النفقة» يكفي للضبط قوله «بل للأصول والفروع».

[ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي حبس الوالد بدين الولد وجهان» قد سبق هذا في التفسير. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو شهد بمال مشترك بين ولده وأجنبي رد في حق ولده وفي حق الأجنبي وجهان» وقيل قولان. [ت]

تُبْتُ، وَلَا أَعُوذُ، إِلَّا إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالْكَذِبِ، فَهُوَ فَاسِقٌ يَجِبُ اسْتِزَاؤُهُ؛ كَكُلِّ فَاسِقٍ، يَقُولُ:
تُبْتُ، فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ؛ حَتَّى يُسْتَبْرَأَ مُدَّةً، فَيُعْلَمَ بِقَرَائِنِ الْأَحْوَالِ صَلَاحُ سِرِّيَّتِهِ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلْقَاضِي
بَعْدَ الْحُكْمِ أَنَّهُ قَضَى بِقَوْلِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافَرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ، نَقَضَ الْحُكْمَ؛ وَإِنْ كَانَ يَقُولُ فَاسِقَيْنِ، نَقَضَ
(ح) أَيْضاً؛ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ بَعْدَ الْحُكْمِ؛ فَلَا يَقْدَرُ اسْتِنَادُ الْفُسُقِ إِلَى الْمَاضِي؛ عَلَى
أَصَحِّ (و) الرَّائِيَيْنِ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي الْعَدَدِ وَالذُّكُورَةِ)

وَلَا تَتُبْتُ بِشَهَادَةٍ وَاحِدٍ إِلَّا فِي هَلَالِ رَمَضَانَ؛ عَلَى رَأْيٍ^(١)، وَلَكِنْ لِلشَّهَادَاتِ ثَلَاثُ مَرَاتِبٍ:

(الْأُولَى: الزَّنَا)، وَيَجِبُ فِيهِ أَرْبَعَةُ عُدُولٍ يَشْهَدُونَ؛ أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا؛ كَالْمِزْوَدِ فِي
الْمُكْحَلَةِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْعَدَلِ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ قَضَاءً؛ لِتَحْمُلِ الشَّهَادَةِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي
الثَّلَاثِ: لَا يَجُوزُ فِي شَهَادَةِ الزَّنَا، وَيَجُوزُ فِي عُيُونِ النِّسَاءِ وَغَيْرِهَا، وَهَلْ يَتُبْتُ الْإِفْرَاقَ بِالزَّنَا
بِشَاهِدَيْنِ، أَمْ لَا بُدَّ مِنْ أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ لَمْ يُوجِبْ بِاللُّوَاطِ إِلَّا التَّغْزِيرُ، فَهَلْ يُحْتَاجُ إِلَى
أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

(الثَّانِيَّةُ): مَا عَدَا الزَّنَا مِمَّا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يَتَوَلَّى إِلَى مَالٍ؛ كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ
وَالْإِسْلَامَ وَالزَّوْجَةَ وَالْبُلُوغَ وَالْوِلَادَةَ وَالْعِدَّةَ وَالْجُزْخَ وَالتَّعْدِيلَ وَالْعُقُودَ عَنِ الْقَصَاصِ؛ حَتَّى الْوَصَايَا
وَالْوَكَاةَ؛ فَيَتُبْتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلَا يَتُبْتُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَأَتَيْنِ، أَمَّا مَا لَا يَطْهَرُ لِلرِّجَالِ؛ كَالْوِلَادَةِ وَعُيُوبِ
النِّسَاءِ وَالرِّضَاعِ؛ فَإِنَّهُ يَتُبْتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلَا تَتُبْتُ الْوِلَادَةَ بِقَوْلِ الْقَابِلَةِ وَحْدَهَا.

(الثَّالِثَةُ: الْأَمْوَالُ)، وَحُقُوقُهَا؛ كَالْأَجَلِ وَالْخِيَارِ وَالشُّفْعَةَ وَالْإِجَارَةَ وَقَتْلَ الْخَطَا وَكُلَّ جُزْخٍ لَا
يُوجِبُ إِلَّا الْمَالَ؛ فَيَتُبْتُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَأَتَيْنِ؛ وَكَذَا فَسَخُ الْعُقُودِ وَقَبْضُ نُجُومِ الْكِتَابَةِ إِلَّا النَّجْمَ الْأَخِيرَ،
فِيهِ وَجْهَانِ؛ لِتَرْتُبِ الْعِتْقَ عَلَيْهِ.

وَإِذَا شَهِدَ عَلَى السَّرْقَةِ أَوْ الْعَمْدِ رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، ثَبَتَ الْمَالُ، وَإِنْ لَمْ يَتُبْتُ الْعُقُوبَةُ^(٣)، وَيَتُبْتُ
مَهْرَ النِّكَاحِ، وَإِنْ لَمْ يَتُبْتُ النِّكَاحَ بِهِ، وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقُهَا عَلَى الْوِلَادَةِ، يَتُبْتُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلَا
يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلَوْ ثَبَتَ عَلَيْهَا الْغَضَبُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَأَمْرَأَتَيْنِ فَقَالَ الزَّوْجُ: إِنْ كُنْتُ غَضَبْتُ، فَأَنْتِ

(١) قال الرافعي: «إلا في هلال رمضان على رأي» المسألة مذكورة في الصوم، واحتاج إلى إعادتها استثناء
عن اعتبار العدد. [ت]

(٢) قال الرافعي: وإن لم يوجب باللواط إلا التعزير فهل يحتاج إلى أربعة؟ فيه قولان المشهور وجهان، إذ
البيئة على النسب بغير تقدم دَعَوَى لَا تُسْمَعُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا تَقْبَلُ. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال» صورة السرقة مذكورة في بابها.
وقال أيضاً: وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال وإن لم تثبت العقوبة» هذا في
السرقة صحيح، وأما في القتل العمد فهو خلاف ما نص عليه الأصحاب، وهو أنه لا يثبت المال كما لا
يثبت القصاص، ولم يذكر في «الوسيط» ما ذكره هنا. [ت]

طَائِفٌ، وَقَعَ بِخِلَافِ مَا لَوْ تَقَدَّمَ التَّغْلِيْقُ.

(فَرْعٌ): مَنْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، فَقَبِلَ التَّرَكِيَّةَ، لَهُ أَنْ يَطْلُبَ الْحَيْلُولَةَ، إِنْ كَانَ الْمَالُ مُشْرِفًا عَلَى الْهَلَاكِ، أَوْ الثَّقُلُ، وَفِي الْعَقَارِ وَجْهَانِ، وَلِلْعَبْدِ طَلَبُ الْحَيْلُولَةِ عِنْدَ إِقَامَةِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْحَقِّ، وَفِي الْأَمَةِ يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ، وَهَلْ لَهُ طَلَبُ الْحَجْرِ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ، هَلْ يُتْرَكُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَنْزِلَةً شَاهِدَيْنِ فِي إِيْجَابِ الْحَيْلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، ثُمَّ إِذَا قُلْنَا بِهِ، فَلَا نَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ الْبَيِّنَةُ، رُفِعَ الْحَيْلُولَةُ.

(الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي مُسْتَقَدِّ عِلْمِ الشَّاهِدِ)

وَالْأَصْلُ فِيهِ الْيَقِيْنُ الْوَاضِحُ كَالشَّنْسِ، وَذَلِكَ بِالْإِنْصَارِ الْمَجْرَدِ فِي الْأَفْعَالِ، وَبِالسَّنْعِ وَالْبَصَرِ جَمِيعًا فِي الْأَقْوَالِ، فَيَقْبَلُ شَهَادَةَ الْأَصَمِّ عَلَى الْأَفْعَالِ، وَلَا يَقْبَلُ شَهَادَةَ الْأَعْمَى عَلَى الْأَقْوَالِ، وَلَا عَلَى زَوْجَتِهِ الَّتِي يَطْوُهَا، فَإِنَّ الْأَصْوَاتَ تَنْشَابُهُ إِلَّا أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالْمَقْرُورِ، وَيَجْزُوهُ إِلَى الْقَاضِي، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَقْبَلُ، وَفِي رِوَايَةِ الْأَعْمَى وَجْهَانِ، أَمَّا مَا سَمِعَهُ قَبْلَ الْعَمَى، فَيُزَوَّى، بَلْ يَشْهَدُ أَيْضًا عَلَى مَعْرُوفِ النَّسَبِ بِمَا أَبْصَرَهُ قَبْلَ الْعَمَى، وَفِي الْمُتَرَجِّمِ الْأَعْمَى وَجْهَانِ، وَالْقَاضِي إِذَا عَمِيَ بَعْدَ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ، فَفِي الْقَضَاءِ بِهَا وَجْهَانِ، وَمَنْ لَا يُعْرِفُ نَسَبَهُ، فَلَا بُدَّ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ، فَإِنْ مَاتَ، أُخْضِرَ مَجْلِسَ الْحُكْمِ، فَإِنْ دُفِنَ فَلَا يُنْبَشُ قَبْرُهُ، وَقَدْ تَعَدَّرَتِ الشَّهَادَةُ، وَلَا يَجُوزُ تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَرْأَةِ الْمُتَنَقِّبَةِ إِلَّا أَنْ يُكْشَفَ وَجْهُهَا، وَيُمَيَّزَهَا عِنْدَ الْإِدَاءِ عَنْ أَمْثَالِهَا بِالْإِشَارَةِ وَالْمَعْرِفَةِ الْمُحَقَّقَةِ، وَإِنْ عَرَفَهَا رَجُلَانِ، فَلَا يَشْهَدُ عَلَيْهِمَا، بَلْ عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا؛ بَأَنَّ ثَلَاثَةَ أَقَوْتِ، وَذَلِكَ عِنْدَ غَيْبَتِهَا؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُمَا، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا لِحَاجَةِ التَّحْقُلِ، وَإِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى عَيْنِهَا بِدَيْنِ، وَزَعَمَتْ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُسَجِّلَ عَلَى بِنْتِ زَيْدٍ، وَإِنْ أَقَوْتِ بِالنَّسَبِ، وَلَا إِنْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، إِذِ الْبَيِّنَةُ عَلَى النَّسَبِ مِنْ غَيْرِ تَقَدُّمِ دَعْوَى لَا يُسْمَعُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَكِنْ لِلْقَاضِي أَنْ يُنْصَبَ مَنْ يَدَّعِي عَلَى بِنْتِ زَيْدٍ دَيْنًا، وَتُنَكَّرَ هِيَ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَيُقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهَا بِالنَّسَبِ، ثُمَّ إِذَا ثَبَتَ، سَجَّلَ، وَيَجُوزُ هَذِهِ الْحِيلَةُ لِلْحَاجَةِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّسَامُعِ)، وَالنَّسَبُ يَنْبُثُ بِالسَّمَاعِ مِنْ قَوْمٍ لَا يَنْحَصِرُونَ عِنْدَ الشَّاهِدِ، فَيَشْهَدُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ رُؤْيَاهُ، وَفِي النَّسَبِ مِنَ الْأُمِّ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ رُؤْيَاهُ، وَالْأَصَحُّ ثُبُوتُهُ، وَاخْتَلَفُوا فِي الْوَلَاءِ وَالْعِتْقِ وَالْوَقْفِ وَالنِّكَاحِ، وَمَا يَتَوَقَّرُ الطَّبَاعُ عَلَى إِشَاعَتِهِ، أَنَّهُ هَلْ يُلْحَقُ بِالنَّسَبِ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَوْتَ كَالنَّسَبِ، لَا كَالْعِتْقِ، ثُمَّ لَا يَخْصُلُ التَّسَامُعُ بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ، بَلْ مِنْ جَمَاعَةٍ لَا يَجْمَعُهُمْ رَابِطَةُ التَّوَاهُطِ، إِلَّا أَنْ يُشْهَدَ عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا، وَلَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى النَّسَبِ؛ بَأَنَّ تَسْمَعَ رَجُلًا يَسْتَخْلِفُ صَبِيًّا أَوْ كَبِيرًا سَاكِنًا لَا يَنْكِرُهُ.

وَأَمَّا الْمِلْكُ فَإِذَا اجْتَمَعَ فِيهِ الْيَدُ وَالتَّصَرُّفُ وَالتَّسَامُعُ، جَارَتْ الشَّهَادَةُ، فَإِنَّهُ لَا يُبْصَرُ، وَهُوَ مُنْتَهَى الْإِمْتِنَانِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُجْرَدَ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ يَكْفِي دُونَ التَّسَامُعِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ مُجْرَدَ

التَّسَامُعِ لَا يَكْفِي^(١).

ثُمَّ نَغْنِي بِالتَّصَرُّفِ الْبِنَاءَ وَالْهَدْمَ، أَوْ التَّبِعَ وَالرَّهْنَ، وَهُوَ تَصَرُّفُ الْمَلَكِ.

أَمَّا مُجَرَّدُ الْإِجَارَةِ، وَإِنْ تَكَرَّرَتْ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ إِذْ قَدْ يَصُدُّ ذَلِكَ مِمَّنِ اسْتَأْجَرَ مُدَّةً طَوِيلَةً.

وَأَمَّا الْإِعْسَارُ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِخَبْرَةِ الْبَاطِنِ^(٢) وَشَهَادَةِ الْقَرَّائِنِ؛ كَصَبْرِهِ عَلَى الضَّرِّ وَالْجُوعِ فِي الْخُلُوةِ.

(الْفَضْلُ الثَّالِثُ: فِي التَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ)، وَيَجِبُ الْأَدَاءُ عَلَى كُلِّ مُتَعَيِّنٍ لِلشَّهَادَةِ، مُتَحَمِّلٍ لَهَا، إِذَا دُعِيَ مِنْ دُونِ مَسَافَةِ الْعَدُوِّ، فَإِنْ دُعِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَدُونَ مَسَافَةِ الْقَضْرِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّنًا، أَوْ لَمْ يَتَحَمَّلْ قَضَاءً، لَكِنْ وَقَعَ بَصَرُهُ، فَفِي الْوُجُوبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ تَعَيَّنَا، فَاِمْتَنَعَ أَحَدُهُمَا، وَقَالَ: أَخْلَفْتُ مَعَ الْآخِرِ، أَثِمَ، وَلَوْ لَمْ يَتَعَيَّنْ، وَامْتَنَعَ جَمِيعُهُمْ، أَثِمُوا وَلَا يَسْتَحِقُّ (و) الشَّاهِدُ أَجْرَةً إِلَّا أَجْرَةَ الْمَرْكُوبِ، ثُمَّ لَهُ الْأَلَّا يَرْكَبُ، وَالْكَاتِبُ يَسْتَحِقُّ (و)، وَالتَّحْمُلُ فِي عَقْدِ التَّكَاحِ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، وَفِي بَسَائِرِ الْمُعَامَلَاتِ وَجْهَانِ، إِذْ يَسْتَغْنِي عَنْهَا الْأَنْعِقَادُ دُونَ الْإِثْبَاتِ وَكَذَا كِتَابَةُ الصُّكُوكِ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الْبَابُ الرَّابِعُ فِي الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ)

وَكُلُّ مَا يَبْثُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ (ح) يَبْثُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، إِلَّا عُيُوبُ النِّسَاءِ وَبَابُهَا، إِلَّا أَنَّ الْأَثُوتَةَ أَخْتَمَلْتُ فِيهَا لِحَاجَةَ النِّسَاءِ، ثُمَّ الْقَضَاءُ بِالشَّاهِدِ، أَوْ بِالْيَمِينِ، أَوْ بِهِمَا؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، وَيُظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الْعَزْمِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوْ أَدْعَى عَبْدًا فِي يَدِ غَيْرِهِ؛ أَنَّهُ كَانَ مَلَكَهُ، فَأَغْنَقَهُ فَلَا يَكْفِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ؛ لِأَنَّهُ يَبْثُ الْحُرِّيَّةَ دُونَ الْمَلِكِ، وَلَوْ أَدْعَى فِي جَارِيَةٍ وَلَدِيهَا؛ أَنَّهَا مُسْتَوْلَدَتُهُ، وَالْوَلَدُ مِنْهُ، وَحَلَفَ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، ثَبَّتَ مَلِكُ الْمُسْتَوْلَدَةِ، وَعَقَقَتْ عِنْدَ مَوْتِهِ بِإِقْرَارِهِ، وَلَا يَبْثُ نَسَبُ الْوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ؛ عَلَى أَقْيَسِ الْقَوْلَيْنِ؛ إِذْ لَا مَعْنَى لِتَبَيُّنِهِ فِي الْحُجَّةِ، وَهُوَ مُسْتَقِلٌّ، وَهَذِهِ الْحُجَّةُ لَا تَكْفِي لِلْحُرِّيَّةِ وَالنَّسَبِ.

(فُرُوعُ: الْأَوَّلُ)^(٣) إِذَا حَلَفَ الْوَرِثَةُ مَعَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ عَلَى دَيْنٍ لِلْمُورِثِ، اسْتَحَقَّوا، فَإِنْ حَلَفَ وَاحِدٌ، اسْتَحَقَّ الْحَالِفُ نَصِيبَهُ دُونَ التَّأْكِلِ، وَلَيْسَ لَوَلَدِ التَّأْكِلِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَنْ يَخْلِفَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّكْوُلِ، فَلَوْلَدِهِ أَنْ يَخْلِفَ، وَفِي وَجُوبِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَكَلَ الْوَارِثُ، وَلِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ، فَهَلْ يَخْلِفُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٤)، وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ، حَلَفَ، إِذَا حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ؛ وَكَذَا إِذَا

(١) قال الرافعي: «والصحيح أن مجرد التسامع لا يكفي» الأقرب إلى إطلاق الأكثرين أنه يكفي. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أما الإعسار فإنما يجوز الشهادة عليه بخبره الباطن إلى آخره» مقصوده ما اشتمل عليه قوله من التفليس وليشهد من يخبر باطن حاله، فإنها شهادة على النفي قبلت للحاجة. [ت].

(٣) لم يذكر إلا اثنين فلعله أراد بالجمع ما فوق الواحد فليحرج.

(٤) قال الرافعي: «ولو نكل الوارث وللميت غريم فهل يحلف، فيه قولان» الصورة المذكورة في «التفليس» =

بَلَّغَ صَبِيٍّ.

وَلَوْ كَانَ التَّرَاُعُ فِي وَصِيَّةٍ لِشَخْصَيْنِ، فَإِذَا قَدِمَ الْغَائِبُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَخْلِفَ بَعْدَ إِعَادَةِ الشُّهُودِ، لَا كَالْمِيرَاثِ، فَإِنَّهُ كَالْمُسْتَجِدِّ، وَلِذَلِكَ يَخْرُجُ بِحَلْفِ أَحَدِ الْوَارِثَيْنِ نَصِيبُ الْغَائِبِ مِنْ يَدِ الْخَصْمِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ^(١)؛ بِخِلَافِ شَرِيكِ الْوَصِيَّةِ، إِذَا أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، أَسْتَوْفِيَ نَصِيبُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَدَّعِ الْبُلُوغَ، وَيُؤْخَذُ (ح و) نَصِيبُ الْغَائِبِ، إِنْ كَانَ عَيْنًا وَيَكْفَى دَعْوَى الْحَاضِرِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا، فَوَجْهَانِ يَجْرِيَانِ فِي كُلِّ مَنْ أَقَرَّ لَغَائِبٍ بِدَيْنٍ؛ أَنَّ الْقَاضِيَ، هَلْ يَسْتَوْفِيهِ أَمْ يَتْرُكُهُ؟ وَمَا يَسْتَوْفِيهِ الْحَاضِرُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ لَا يُسَاهِمُهُ (و) الْغَائِبُ فِيهِ، إِذَا رَجَعَ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا يُسَاهِمُهُ (و)؛ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ شَائِعٍ بَيْنَهُمَا^(٢)، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

(الثَّانِي): لَوْ ادَّعَى أَنَّ أَبَاهُمَا وَقَفَ عَلَيْهِمَا ضَيْعَةً وَقَفَ تَرْتِيبَ، ثَبَّتَ الْوَقْفَ بِيَمِينِ وَشَاهِدٍ، فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَسْتَحَقَّ نَصِيبُهُ، وَاسْتَحَقَّ الْآخَرُ، فَأَمَّا إِذَا مَاتَا، فَتَنْصِيبُ الْحَالِفِ لَا يَسْتَحِقُّهُ الْبَطْنُ الثَّانِي بِغَيْرِ يَمِينٍ؛ تَفْرِيعًا عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ؛ وَهُوَ أَنَّ الْبَطْنَ الثَّانِي يَأْخُذُ الْحَقَّ مِنَ الْوَاقِفِ، لَا مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ، وَنَصِيبُ النَّاكِلِ يَثْبُتُ لِلْبَطْنِ الثَّانِي أَيْضًا، إِذَا حَلَفُوا، وَإِذَا نَكَلُوا جَمِيعًا، حَلَفَ الْبَطْنُ الثَّانِي، إِذَا مَاتُوا، وَإِنْ حَلَفُوا، أَخَذَ الْبَطْنُ الثَّانِي بِالْيَمِينِ.

وَلَوْ مَاتَ الْحَالِفُ وَخَذَهُ، صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى النَّاكِلِ؛ فِي وَجْهِ.

وَالْيَ وَلَدِ الْحَالِفِ؛ فِي وَجْهِ.

وَيُخَكَّمُ بِأَنَّهُ تَعَذَّرَ مَضْرَفُهُ، فِي وَجْهِ.

وَيَبْطُلُ الْوَقْفُ فِيهِ أَوْ يُضَرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ؟ فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ بِالتَّشْرِيكِ، فَحَلَفَا، ثُمَّ وُلِدَ لِأَحَدِهِمَا وَلَدٌ، وَجَبَ إِخْرَاجُ ثُلُثِ الْوَقْفِ مِنْ يَدَيْهِمَا، فَإِنْ بَلَغَ الطِّفْلُ، وَحَلَفَ، أَسْتَحَقَّ، وَإِنْ نَكَلَ، فَقَدْ تَعَذَّرَ مَضْرَفُهُ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَيْهِمَا، وَالنَّاكِلُ كَالْمَعْدُومِ^(٣)، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوَّلًا.

الْبَابُ الْخَامِسُ: فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

وَيَجْرِي فِي كُلِّ مَا لَيْسَ بِعُقُوبَةٍ، وَفِي الْعُقُوبَاتِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّلَاثِ يَجْرِي فِي عُقُوبَاتِ

[ت] =

(١) قال الرافعي: «وكذلك يخرج بحلف أحد الوارثين نصيب الغائب من يد الخصم على أحد القولين» قيل: هما وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن كان عينا يساهمه لأن كل جزء شائع بينهما» أراد ما إذا أقام الحاضر شاهداً وحلف معه، والظاهر عند الأصحاب أنه لا يساهم. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن نكل فقد تعذر مضرفه، وفيه قول: إنه يرد إليهما، والناكل كالمعدوم» سياق الكتاب يشعر بترجيح الأول، والظاهر عند الأئمة الثاني. [ت]

الْأَدَمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةً لِأَنَّهَا بَدَلٌ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي، وَفِي التَّوَكُّلِ بِاسْتِيفَاءِ (و) الْقِصَاصِ^(١)، فَإِذَا مَنَعْنَا، لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى بِالْقِصَاصِ عَلَى غَائِبٍ، ثُمَّ النَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أُمُورٍ:

(الْأَوَّلُ): أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، إِلَّا إِذَا قَالَ الشَّاهِدُ: أَشْهَدُكَ عَلَى شَهَادَتِي، أَوْ رَأَهُ الْفَرْعُ، وَقَدْ شَهِدَ بَيْنَ يَدَيَّ حَاكِمٍ، فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ: لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ حَقٌّ، وَعِنْدِي بِهِ شَهَادَةٌ، لَمْ يَجْزِ التَّحْمُلُ؛ لِأَنَّهُ يَتَسَاهَلُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ، نَعَمْ لَوْ قَالَ: عِنْدِي شَهَادَةٌ مَجْزُومَةٌ لِفُلَانٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا، لَمْ يَتَحْمَلْ، فَلَعَلَّهُ أَرَادَ الْوَعْدَ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ لِفُلَانٍ أَلْفٌ، لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْوَعْدِ، وَجَارَتْ الشَّهَادَةُ؛ إِذْ لَا يَتَسَاهَلُ فِي الْإِفْرَارِ.

(الثَّانِي: فِي الطَّوَارِيءِ)، وَلَا بَأْسَ بِمَوْتِ شَاهِدٍ الْأَصْلِ وَغَيْبَتِهِ وَمَرَضِهِ، وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ عَلَيْهِ الْفِسْقُ أَوْ الْعَدَاوَةُ أَوْ الرَّدَّةُ، أَمْتَنَعَ شَهَادَةُ الْفَرْعِ، وَلَوْ طَرَأَ الْجُنُونُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ طَرَأَ الْعَمَى، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَلَّا يُمْنَعُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا لَا يُمْنَعَانِ، أَمَّا إِذَا كُذِّبَ الْفَرْعُ، أَمْتَنَعَتْ الشَّهَادَةُ.

(الثَّالِثُ: الْعَدَدُ)، وَلَيْشْهَدَ عَلَى كُلِّ شَاهِدٍ شَاهِدَانِ، فَإِنْ شَهِدَا عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا جَمِيعًا، جَازَ، عَلَى أَقْبَسِ الْقَوْلَيْنِ. وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُ شَاهِدَي الْأَصْلِ مَعَ شَاهِدٍ آخَرَ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصْلِ الثَّانِي، وَشَهَادَةُ الرَّنَا كَالْإِفْرَارِ بِالرَّنَا، فَتَبَيَّنَ بِشَاهِدَيْنِ أَمْ بِأَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

وَيَجْتَمِعُ مِنْ هَذِهِ الْأَخْتِلَافَاتِ فِي شُهُودِ الْفَرْعِ فِي الرَّنَا، إِنْ قَبِلْنَا هَا - أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ؛ فَيَجِبُ سِتَّةَ عَشَرَ أَوْ ثَمَانِيَةَ أَوْ أَرْبَعَةَ أَوْ اثْنَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنَّهُ لَا يَسْمَعُ (و) شَهَادَةَ الْفَرْعِ إِلَّا إِذَا مَاتَ الْأَصْلُ، أَوْ مَرَضَ مَرَضًا يَشُقُّ عَلَيْهِ الْحُضُورُ، أَوْ غَابَ فَوْقَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ^(٢)، فَإِنْ كَانَ دُونَهَا وَفَوْقَ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، فَوَجْهَانِ، وَخَوْفُ الْغَرِيمِ وَكُلُّ مَا تُتْرَكُ بِهِ الْجُمُعَةُ؛ كَالْمَرَضِ، وَلَيْسَ عَلَى شُهُودِ الْفَرْعِ تَرْكِيَةُ الْأَصْلِ، لَكِنْ لَوْ رُغُوا، بَيَّنَّتْ عَدَالَتَهُمْ وَشَهَادَتَهُمْ بِقَوْلِ الْفَرْعِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَى صِدْقِ شُهُودِ الْأَصْلِ.

(الْبَابُ السَّادِسُ: فِي الرُّجُوعِ)

وَالنَّظَرُ فِي الْعُقُوبَةِ، وَالْبُضْعِ، وَالْمَالِ:

(١) قال الرافعي: «وفي العقوبات ثلاثة أقوال إلى قوله وفي التوكيل باستيفاء القصاص» الخلاف في الشهادة على الشهادة في كتاب القاضي إلى القاضي وفي العقوبات وذكرهما في باب القضاء على الغائب، والتوكيل باستيفاء القصاص داخل فيما ذكره في باب الوكالة في التوكيل باستيفاء العقوبات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أو مرض مرضاً يشق عليه الحضور، أو غاب فوق مسافة القصر» لا حاجة إلى كلمة: فوق ها هنا. [ت]

(أَمَّا الْمُعْتَبَةُ): فَالرَّجُوعُ قَبْلَ الْقِصَاصِ يَنْتَعِ الْقَضَاءُ، وَيَجِبُ حَدُّ الْقَذْفِ، إِنْ شَهِدُوا بِالزَّانَا، وَإِنْ قَالُوا: غَلِطْنَا، فَبِهِ الْحَدُّ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يُصْرَحْ بِالرَّجُوعِ، وَلَكِنْ قَالَ لِلْقَاضِي: تَوَقَّفْ، ثُمَّ عَادَ، وَقَالَ: أَقْضِ، فَبِهِ جَوَازُ الْقَضَاءِ بِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَازَ، فَبِهِ وَجُوبُ الإِعَادَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الْقَضَاءِ، فَبِهِ الِاسْتِيفَاءُ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ.

وَعَلَى الثَّلَاثِ: يَسْتَوْفِي حُقُوقَ الْآدِمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى، أَمَّا الْمَالُ فَيَسْتَوْفِي (و) قِطْعًا، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الْقَتْلِ، وَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، إِنْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ، وَلَوْ رَجَعَ وَلِيُّ الْقَاضِي، وَهُوَ الَّذِي بَاشَرَ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَالشَّاهِدُ مَعَهُ كَالْمُنْسِكَ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْمَرْكُوبُ إِذَا رَجَعَ كَالْمُنْسِكَ مَعَ الشَّاهِدِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: أَخْطَأْتُ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْعَامِدِ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكُ خَاطِئٍ. وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: تَعَمَّدْتُ وَأَخْطَأَ شَرِيكِي، فَبِهِ الْقِصَاصُ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ وَلَكِنْ مَا عَلِمْتُ؛ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِقَوْلِي، فَلَا قِصَاصَ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، وَلَوْ ضَرَبَهُ ضَرْبًا يُقْتَلُ الْمَرِيضُ دُونَ الصَّحِيحِ^(١)، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَرِيضٌ، وَجِبَ الْقِصَاصُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي الْبُضْعِ)، فَإِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الشَّهَادَةِ عَلَى الطَّلَاقِ، وَبَعْدَ الْقَضَاءِ، نَفَذَ الطَّلَاقُ، وَعَلَيْهِمْ (ح م) الْغَزْمُ، وَكَذَا فِي الْعِنَقِ وَالرِّضَاعِ الْمُحَرَّمِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى الْمَالِ رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، أَوْ عَشْرٌ، فَيَنْصَفُ الْغَزْمُ عَلَى الْمَرْأَةِ^(٢)، وَنِصْفُهُ عَلَى جَمِيعِ النِّسَاءِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى رِضَاعٍ مُحَرَّمٍ وَعَشْرٍ نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسٌ، وَعَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ نِصْفُ سُدُسٍ، وَيُنَزَّلُ كُلُّ امْرَأَتَيْنِ مَنَزَلَةَ رَجُلٍ؛ لِأَنَّ هَذَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسْوَةِ، فَلَا يَتَوَقَّفُ شَطْرُهُ عَلَى الرَّجُلِ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلَّا أَرْبَعٌ نِسْوَةٍ، فَالصَّحِيحُ أَنْ لَا غَزْمَ؛ لِقِيَامِ مَا يَسْتَقِلُّ بِكَوْنِهِ حُجَّةً.

وَقِيلَ: يَجِبُ حِصَّتُهُمْ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلَّا ثَلَاثَ نِسْوَةٍ، فَبِهِ وَجْهٌ: تَجِبُ حِصَّتُهُمْ.

وَعَلَى الصَّحِيحِ: يَجِبُ عَلَى جَمِيعِ الرَّاجِعِينَ رُبُعُ الْغَزْمِ؛ إِذَا لَمْ يَنْطَلِ إِلَّا رُبُعُ الْحُجَّةِ.

وَفِي وَجُوبِ الْغَزْمِ عَلَى شُهُودِ الْإِحْصَانِ مَعَ شُهُودِ الزَّانَا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): لَا يَجِبُ شَيْءٌ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَجِبُ الشَّطْرُ عَلَيْهِمْ.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يَجِبُ الثَّلَاثُ عَلَيْهِمْ؛ إِذَا أَقْلُ شَهَادَةِ الْإِحْصَانِ اثْنَانِ، وَأَقْلُ شَهَادَةِ الزَّانَا أَرْبَعَةٌ.

فَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْ شُهُودِ الزَّانَا وَالْإِحْصَانِ، اجْتَمَعَ مِنَ الْأَصُولِ أَقْوَالٌ لَا تَخْفَى، وَالْقَوْلَانِ جَارِيَانِ فِي أَنَّ شُهُودَ التَّغْلِيْقِ فِي الطَّلَاقِ، هَلْ يَغْرَمُ مَعَهُمْ شُهُودُ الصَّفَةِ أَوْ يَنْقَرِدُ شُهُودُ التَّغْلِيْقِ بِالْغَزْمِ.

(١) قال الرافعي: «ولو ضربه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح إلى آخره» المسألة المذكورة من قبل. [ت]

(٢) في أ: الرجل.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ): الرُّجُوعُ فِي عَيْنِ مَالٍ يُتَوَقَّعُ رُجُوعُهُ بِإِقْرَارِ الْخَصْمِ، هَلْ يُوجِبُ الْغُزْمَ فِي الْحَالِ لِلْحَيَلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

أَمَّا إِذَا ظَهَرَ كَوْنُ الشَّاهِدِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ، بَانَ بَطْلَانُ الْقَضَاءِ^(١)، وَأَنْدَفَعَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ، وَإِنْ كَانَ فِي قَتْلِ، وَجَبَ الْغُزْمُ عَلَى الْقَاضِي؛ لِخَطِيئِهِ، وَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الشُّهُودِ كَلَامٌ سَبَقَ فِي مَوْضِعِهِ.

(١) قال الرافعي: أما إذا ظهر كون الشاهد عبدين أو كافرين أو صبيين بان بطلان القضاء الصورة المذكورة في آخر الباب الأول من «الشهادات». [ت]

كِتَابُ الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَاتِ

وَمَجَامِعُ الْخُصُومَاتِ تَدُورُ عَلَى خَمْسَةِ: الدَّعْوَى، وَالْجَوَابُ، وَالْيَمِينُ، وَالْثُكُولُ، وَالْبَيِّنَةُ.

(الْأَوَّلُ: الدَّعْوَى)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأولى) فَيَمَنْ يَخْتِاجُ إِلَى الدَّعْوَى، وَمَنْ غُصِبَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَقَدَّرَ عَلَى أَنْ يَزِيدَ قَهْرًا مِنْ غَيْرِ تَحْرِيكِ فِتْنَةٍ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَلَمْ يَلْزِمُهُ الرِّفْعُ إِلَى الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَ حَقُّهُ عُقُوبَةً، فَلَا بُدَّ مِنَ الرِّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دَيْنًا، وَمَنْ عَلَيْهِ مُقَرَّرٌ مُطَاطَلٌ، فَلَا بُدَّ (و) مِنْ رَفْعِهِ^(١) وَإِنْ كَانَ يَتَعَدَّرُ رَفْعُهُ بِتَعَزُّزِهِ أَوْ تَوَارِيهِ، فَإِنْ ظَهَرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ، فَلَهُ اخْذُهُ (م)، وَإِنْ كَانَ قَدْ ظَهَرَ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ، فَقَوْلَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُ (ح)، فَيَرْفَعُهُ إِلَى الْقَاضِي؛ حَتَّى يَبِيعَ فِي حَقِّهِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْمَالَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالْبَيْعِ بِجِنْسِ حَقِّهِ^(٢).

وَقِيلَ: بَلْ يَتَمَلَّكُ مِنَ الْعَيْنِ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ.

وَلَوْ تَلَفَ قَبْلَ الْبَيْعِ وَالتَّمَلُّكِ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يُبَادِرْ إِلَى الْبَيْعِ، حَتَّى تَقْصَتِ الْقِيَمَةُ، فَهُوَ مَحْسُوبٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَظْفَرْ إِلَّا بِمَتَاعٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ، لَمْ يَضْمَنْ الزِّيَادَةَ، وَإِنْ تَلَفَ، لِأَنَّهُ مَعْدُورٌ فِي حَقِّهِ فِي اخْذِهِ؛ حَتَّى لَوْ نَقَبَ الْجِدَارَ؛ لِيَأْخُذَهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَرْشُ النَّقَبِ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَضْمَنْ الزِّيَادَةَ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ صِحَاحًا، فَأَخَذَ الْمُتَكَسِّرَةَ، وَرَضِيَ بِهَا، جَازَ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ، لَمْ يَجُزْ، إِلَّا أَنْ يَبِيعَ بِالذَّنَانِيرِ، وَيَشْتَرِيَ بِهَا جِنْسَ حَقِّهِ، وَلَوْ جَحَدَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ، وَلَهُ عَلَى الْمُسْتَحِقِّ مِثْلُهُ، جَازَ لَهُ أَيْضًا أَنْ يَجْحَدَ، وَيَخْصُلَ التَّقَاضُ لِلضَّرُورَةِ.

(الثَّانِيَةُ: فِي حَدِّ الْمُدَّعِي)، وَفِيهِ قَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ الَّذِي يُحْلَى وَسُكُوتُهُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ الَّذِي يَدَّعِي أَمْرًا خَفِيًّا عَلَى خِلَافِ الظَّاهِرِ، فَلَوْ أَسْلَمَا قَبْلَ الْمَسِيسِ، فَقَالَ: أَسْلَمْنَا مَعًا، وَالتَّكَاحُ (و) دَائِمٌ بَيْنَنَا، وَقَالَتْ: بَلْ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَالزَّوْجُ هُوَ الَّذِي حُلِّيَ وَسُكُوتُهُ، لَكِنَّ الْمَرْأَةَ هِيَ الَّتِي تَدَّعِي أَمْرًا ظَاهِرًا، فَإِنَّ تَسَاوُقَ الْإِسْلَامِ بَعِيدٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يُخْرِجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَأَمَّا الْمُودَعُ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ، صُدِّقَ بِبَيِّنَتِهِ لِلرُّخْصَةِ، وَلَأَنَّهُ اغْتَرَفَ لَهُ بِالْأَمَانَةِ، ثُمَّ حَدَّ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةَ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً مُلْزِمَةً؛ فَلَوْ قَالَ: عَلَيْهِ شَيْءٌ، لَمْ يُسْمَعْ، وَلَوْ قَالَ: وَهَبَ مِنِّي،

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دَيْنًا، وَمَنْ عَلَيْهِ مَقَرٌّ مُطَاطَلٌ، فَلَا بُدَّ مِنْ رَفْعِهِ إِلَى الْقَاضِي» هَذَا وَجْهٌ وَالثَّانِي:

أَنَّهُ يَلْزِمُهُ الْمِرَافَعَةُ، وَيَسْتَقِلُّ بِالْأَخْذِ مِنْ مَالِهِ وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَالرُّوْيَانِيُّ أَنَّهُ الْأَصَحُّ. [ت]

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُ فَرَفَعَهُ إِلَى الْقَاضِي إِلَى قَوْلِهِ: وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالْبَيْعِ بِجِنْسِ حَقِّهِ»

سِيَاقُ الْكِتَابِ يَشْعُرُ بِتَرْجِيحِ الْأَوَّلِ، وَالْأَصَحُّ الثَّانِي. [ت]

أَوْ بَاعَ، لَمْ يُسْمَعْ؛ حَتَّى يَقُولَ: وَيَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ.

(الثَّالِثَةُ): مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحْلِفَ الْمُدَّعِي، مَا لَمْ يَقْدَمْ دَعْوَى صَحِيحَةً؛ كَبَيْعٍ أَوْ إِبْرَاءٍ، فَلَوْ ادَّعَى فِسْقَ الشُّهُودِ، وَعَلِمَ الْخَضْمُ بِهِ، فَهَلْ يُحْلَفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا لَوْ ادَّعَى؛ أَنَّهُ أَقْرَ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَيْسَ عَيْنَ الْحَقِّ؛ وَكَذَا إِذَا ادَّعَى مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ؛ بِأَنَّهُ قَدْ حَلَفَ مَرَّةً، وَأَرَادَ يَمِينَهُ، فَبَيِّنَةُ كُلِّ ذَلِكَ وَجْهَانِ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ الْحَقِّ، لَكِنْ يَنْفَعُ فِي الْحَقِّ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَخْلِيفُ الشَّاهِدِ وَالْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ يَنْفَعُ تَكْذِيبُهُمْ أَنْفُسَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ قَالَ مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ: أَمِهُلُونِي، فَلِي بَيِّنَةٌ دَافِعَةٌ، أَمِهِلْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وَقِيلَ: يَوْمٌ وَاحِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي، فَحَلَفُوهُ، يَحْلِفُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي مُوَكَّلُكَ، وَكَذَّبَهُ، اسْتَوْفَى فِي الْحَالِ^(١).

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي عَنِ الدَّعْوَى، فَهَذَا لَا يُسْمَعُ، إِذْ لَا مَعْنَى لِلْإِبْرَاءِ عَنِ الدَّعْوَى.

(الخَامِسَةُ): يَنْبَغِي أَنْ يَدَّعِيَ فِي النِّكَاحِ؛ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ وَرِضَاهَا، فَإِنْ أَطْلَقَ، فَالْنِّصُّ أَنَّهُ لَا يُسْمَعُ (ح م).

وَفِي الْبَيْعِ يُسْمَعُ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ^(٢).

وَلَوْ قَالَ: هِيَ زَوْجَتِي، كَفَاهُ الْإِطْلَاقُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)^(٣).

وَدَعْوَى الْقِصَاصِ لَا بُدَّ (و) مِنْ تَفْصِيلِهَا، لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَدَّعِيَ بَيْعًا صَحِيحًا، فَيَذْكُرُ الصَّحَّةَ.

(السَّادِسَةُ): دَعْوَاهَا الزَّوْجِيَّةَ لَا تُسْمَعُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، مَا لَمْ يُتَعَرَّضَ لِمَهْرٍ أَوْ نَفَقَةٍ^(٤).

فَإِنْ قُلْنَا: يُسْمَعُ، فَهَلْ تَنْدَفِعُ بِمُجَرَّدِ إِنْكَارِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ؛ مَاخُذُهُ أَنَّ الْإِنْكَارَ طَلَاقٌ أَمْ لَا حَتَّى لَوْ رَجَعَ بَعْدَ ذَلِكَ يُسَلِّمُ الزَّوْجَةَ إِلَيْهِ، وَفِيهِ خِلَافٌ.

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أبرأني موكلك وكذبه استوفى في الحال» ذكره مرة في القضاء على الغائب. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن أطلق فالنص أنه لا يسمع، وفي البيع يسمع، وقيل: قولان بالنقل والتخريج» هذا يشعر بأن الأصحاب جرى بعضهم على تقرير النصين، وتصرف بعضهم فيهما بالنقل والتخريج على المعهود في التظائر، لكن الكتب ساكتة عن النص في البيع، وعن النقل والتخريج. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: هي زوجتي كفاه الإطلاق على الصحيح» الظاهر عند الأصحاب أنه كدعوى ابتداء النكاح. [ت]

(٤) قال الرافعي: «دعواها الزوجية لا تسمع ما لم يتعرض لمهر أو نفقة» قد ذكر المسألة في «النكاح» حيث قال: «لكن ادعى زوجية مطلقة، ففي سماع مثل هذه الدعوى وجهان». [ت] وقال أيضاً: «دعواها الزوجية لا تسمع على الأصح.. إلى آخره» ميل الأكثرين إلى أنها تسمع. [ت]

(السَّابِعَةُ): الْعَبْدُ إِذَا أَدَّعَى أَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ، صَدَّقَ بِبَيْمِنِهِ، وَإِنْ أَدَّعَى الْإِعْتِقَاقَ، فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، وَالصَّغِيرُ الْمُتَمَيِّزُ، هَلْ يُقْبَلُ دَعْوَاهُ الْحُرِّيَّةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يُسْمَعُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ، سَمِعَتْ، وَصَدَّقَ بِبَيْمِنِهِ^(١)، وَلَا تَأْثِيرَ لِلْيَدِ وَلِإِبْطَالِ الدَّعْوَى السَّابِقَةِ.

وَيَجُوزُ شِرَاءُ الْعَبْدِ الْبَالِغِ؛ أَعْتِمَادًا عَلَى ظَاهِرِ الْيَدِ، مَعَ سُكُوتِ الْعَبْدِ.
وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ إِقْرَارِهِ.

(الثَّامِنَةُ): الدَّعْوَى بِالذَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ، فِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ بِهِ شَيْءٌ فِي الْحَالِ، وَدَعْوَى الْأَسْتِيلَادِ تُسْمَعُ، وَدَعْوَى التَّذْيِيرِ وَتَغْلِيْقِ الْعِنَقِ بِصِفَةِ كَالِذَيْنِ الْمُؤَجَّلِ.

(الثَّاسِعَةُ): لَوْ سَلَّمَ ثَوْبًا، قِيَمَتُهُ خَمْسَةُ إِلَى دَلَالٍ؛ لِبَيْعِهِ بِعَشْرَةٍ، فَجَحَدَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لِي عَلَيْهِ ثَوْبٌ، إِنْ تَلَفَ، فَعَلَيْهِ خَمْسَةٌ، وَإِنْ بَاعَ، فَعَلَيْهِ عَشْرَةٌ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا، فَعَلَيْهِ رَدُّ الثَّوْبِ، وَيُقْبَلُ مَعَ التَّرَدُّدِ لِلْحَاجَةِ.

وَقِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يُعَيَّنَ كُلُّ قِسْمٍ فِي دَعْوَى.

ثُمَّ إِذَا نَكَلَ عَنْ وَاحِدٍ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِنُكُولِهِ عَلَى كَذِبِهِ، فَيَحْلَفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: جَوَابُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)، وَهُوَ إِقْرَارٌ أَوْ إنْكَارٌ؛ إِذِ السُّكُوتُ كَالْإِنْكَارِ.

وَقَوْلُهُ: «لِي عَنْ دَعْوَاكَ مَخْرَجٌ»، أَوْ «لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَكْثَرُ مِمَّا لَكَ» اسْتِهْزَاءٌ وَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ، فِيهِ مَسَائِلُ:

(الْأَوَّلَى): لَوْ قَالَ: لِي عَلَيْكَ عَشْرَةٌ، فَقَالَ: لَا يَلْزُمُنِي الْعَشْرَةُ، لَمْ يَكْفِهِ الْيَمِينُ مُطْلَقًا، بَلْ يَخْلِفُ بِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ عَشْرَةٌ، وَلَا شَيْءٌ مِنْهَا، فَإِنْ أَقْتَصَرَ، كَانَ نَاكِلًا عَنِ الْيَمِينِ فِيمَا دُونَ الْعَشْرَةِ، وَلِلْمُدَّعَى أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْعَشْرَةِ إِلَّا شَيْئًا، إِلَّا إِذَا أَصَافَ إِلَى عَقْدٍ بِأَنَّهُ قَالَتْ: نَكَحْتَنِي بِخَمْسِينَ، فَحَلَفَ أَنَّهُ نَكَحَ لَا بِخَمْسِينَ^(٢)؛ فَلَا يُمْكِنُهَا الْحَلْفُ عَلَى مَا دُونَ الْخَمْسِينَ؛ لِمُنَاقَضَةِ الدَّعْوَى.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: مَزَقْتُ ثَوْبِي، وَلِي عَلَيْكَ الْأَرْضُ، فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لَا يَلْزُمُنِي الْأَرْضُ، وَلَا يَلْزُمُهُ التَّعَرُّضُ لِلتَّمْزِيقِ؛ وَكَذَا إِذَا أَدَّعَى مِلْكًا، أَوْ دَيْنًا، فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لَا يَلْزُمُنِي التَّسْلِيمُ، فَإِنْ كَانَ الْمَلِكُ فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ، وَخَافَ أَنْ أَقَرَّ أَنْ يُطَالَبَ بِالْبَيِّنَةِ، فَقَدْ قِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْيَدَ تُصَدِّقُهُ فِي الرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ، فَحِيلَتْهُ أَنْ يُفْصَلَ الْجَوَابُ، وَيَقُولَ: إِنْ

(١) قال الرافعي: «فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» المسألة مذكورة في اللقيط حيث قال: فإن بلغ، وأنكر ففي انتفاء الرق وجهان لكنه أرسل ذكر الوجهين هناك، وهما رجح وقال أيضاً: «فإن قلنا: لا تسمع، فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» الأرجح عند أكثرهم خلافه.

[ت]

(٢) قال الرافعي: «فأقر أنه نكح لا بالخمسين» هذا لا حاجة إليه في التصوير فإنها تطلب الصداق، ولا فرق فيه إذا نكل بين أن يقر بالنكاح، أو لا يقر. [ت]

أَدْعَيْتُ مَلَكًا مُطْلَقًا، فَلَا يَلْزُمُنِي التَّسْلِيمُ، وَإِنْ أَدْعَيْتُ مَرْهُونًا عِنْدِي، فَحَتَّى أَجِيبَ.
وَقِيلَ: هَذَا لَا يُسْمَعُ مُرَدَّدًا، وَلَكِنَّ حِيلَتَهُ أَنْ يَنْكَرَ مِلْكَهُ، إِنْ أَنْكَرَ هُوَ دَيْنَهُ، وَيَلْتَفِتَ إِلَى الظَّفَرِ
بِغَيْرِ جَنْسٍ حَقِّهِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا أَدْعَى عَلَيْهِ مَلَكًا، فَقَالَ: لَيْسَ لِي إِلَّا هُوَ وَقَفْتُ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ عَلَى وَلَدِي، أَوْ
هُوَ مِلْكُ طِفْلِي، أَنْصَرَفَتْ (و) الْخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلَا يُمَكِّنُ تَخْلِيفُ الطِّفْلِ وَلَا وَلِيِّهِ (و)، وَلَا يُنْجِي إِلَّا
الْبَيِّنَةُ، وَإِنْ قَالَ: لَيْسَ لِي، أَوْ هُوَ لِمَنْ لَا أَسْمِيهِ، لَمْ يَنْصَرِفْ عَنْهُ الْخُصُومَةُ.
وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ الْقَاضِي إِلَى أَنْ يُقِيمَ حُجَّةً لِمَالِكٍ.

وَلَوْ قَالَ: هُوَ لِفُلَانٍ، فَيَخْضُرُ، فَإِنْ صَدَّقَهُ، أَنْصَرَفَتْ الْخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلَوْ كَذَّبَهُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ
الْقَاضِي يَأْخُذُهُ؛ لِيَتَبَيَّنَ مُسْتَحَقُّهُ.

وَقِيلَ: يُسَلَّمُ إِلَى الْمُدَّعِي؛ إِذَا لَا مَنَازَعَ لَهُ.

وَقِيلَ: يُتْرَكُ فِي يَدِهِ إِلَى قِيَامِ حُجَّةٍ.

وَلَوْ أَضَافَ إِلَى غَائِبٍ، فَقَبِي أَنْصَرَفَ الْخُصُومَةُ عَنْهُ وَجِهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ، يُعْرَضُ عَلَيْهِ
الْيَمِينُ؛ حَتَّى يَسْتَفِيدَ الْمُدَّعِي بِنُكُولِهِ الْيَمِينَ وَانْتِزَاعِ الشَّيْءِ مِنْ يَدِهِ، أَوْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ، وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ، ثُمَّ
الْغَائِبُ إِنْ رَجَعَ، كَانَ هُوَ صَاحِبَ الْيَدِ، فَيَسْتَأْنِفُ الْخُصُومَةَ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ عَنْهُ، فَلَوْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ، فَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ
مَعَهُ، فَلَوْ كَانَ لِصَاحِبِ الْيَدِ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ لِلْغَائِبِ، سُمِعَتْ إِنْ أَثَبَتَ وَكَالَهُ نَفْسِهِ، وَقُدِّمَتْ عَلَى بَيِّنَةِ
الْمُدَّعِي، فَإِنْ لَمْ يُثَبِّتِ الْوِكَالَةَ، فَهَلْ يُسْمَعُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّ لِلْمُدَّعِي تَخْلِيفَهُ؛ رَجَاءً أَنْ يُقَرَّ لَهُ، فَيُعْزَمُ
بِالْحَيْلُولَةِ، فَلَهُ غَرَضٌ فِي إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ؛ لِيُضْرَفَ هَذِهِ الْيَمِينَ عَنْ نَفْسِهِ؟ فَبَيْنَهُ وَجِهَانِ؛ أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا
يُسْمَعُ؛ إِذْ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا وَكِيلٍ، فَإِنْ أَدْعَى لِنَفْسِهِ عُقْلَةً رَهْنٍ أَوْ إِجَارَةٍ، فَوَجِهَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ
يُسْمَعَ، فَإِنْ سُمِعَتْ لِصَرَفِ الْيَمِينِ عَنْهُ، فَبَيِّنَةُ الْمُدَّعِي فِي الْحَالِ مُقَدَّمَةٌ، فَإِنْ رَجَعَ الْغَائِبُ، وَأَعَادَ
الْبَيِّنَةَ، قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ سَمِعْنَا لِعُقْلَةِ الْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ، فَأَيُّ الْبَيِّنَتَيْنِ يُقَدَّمُ؟ فِيهِ وَجِهَانِ، وَحَيْثُ
تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ، فَلِلْمُدَّعِي تَخْلِيفُهُ؛ بِنَاءً عَلَى الْأَصَحِّ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَقَرَّ الثَّانِي عُزْمَ لَهُ الْقِيَمَةِ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ صَرَخَ فِي نِزَاعِ
الْمُدَّعِي؛ بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكُ الْبَائِعِ، فَقَبِي الرُّجُوعُ وَجِهَانِ؛ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ، وَلَوْ أَخَذَ جَارِيَةً بِحُجَّةٍ،
فَأَحْبَلَهَا، ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَالْجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةٌ، وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا لِلْمُقَرَّرِ لَهُ مَعَ الْمَهْرِ.
وَقِيلَ: إِنْ الْجَارِيَةُ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ، إِنْ أَقَرَّتْ بِصِدْقِهِ فِي الرُّجُوعِ.

(الْخَامِسَةُ): جَوَابُ دَعْوَى الْفِصَاصِ عَلَى الْعَبْدِ يُطْلَبُ مِنَ الْعَبْدِ، وَدَعْوَى الْأَرْضِ يُطْلَبُ جَوَابُهَا
مِنَ السَّيِّدِ، وَلَكِنَّ لَهُ تَخْلِيفُ الْعَبْدِ، لِيَتَعَلَّقَ بِدَمَتِهِ، إِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ بِدَمَتِهِ، وَسَمِعْنَا الدَّعْوَى بِالذِّنِّ
الْمُؤْجَلِ أَيْضًا، وَإِذَا أَدْعَى، وَلَمْ يَخْلِفْ، وَقَالَ: لِي بَيِّنَةٌ، فَاطْلُبُوا مِنْهُ كَفِيلًا، لَمْ يَلْزَمَهُ (و) ذَلِكَ،

وَإِنْ جَرَى بِهِ رَسْمُ الْقَضَاءِ، وَإِذَا أَقَامَ، فَلَهُ (و) طَلَبُ الْكَفِيلِ قَبْلَ التَّعْدِيلِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: فِي الْحَلْفِ): وَالنَّظَرُ فِي الْحَلْفِ وَالْحَالِفِ وَالْمَخْلُوفِ عَلَيْهِ وَالْحُكْمِ.

(أَمَّا الْحَلْفُ)، فَيَجْرِي فِيهِ التَّغْلِيظُ إِلَّا فِيمَا (و م) هُوَ دُونَ نِصَابِ الزَّكَاةِ، وَلَوْ أَنْكَرَ السَّيِّدُ عِنْتُ عَبْدٍ خَسِيسٍ، لَمْ تُغْلَظْ (و) يَمِينُهُ، فَإِنْ نَكَلَ، غُلِظَ عَلَى الْعَبْدِ، لِأَنَّهُ مُدَّعِي الْعِنْتِ، وَكُلُّ مَا لَا يَبْثُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ يَجْرِي فِي التَّغْلِيظِ، وَيَجْرِي أَيْضًا فِي عُيُوبِ النِّسَاءِ، وَكَيْفِيَّتُهُ وَكَوْنُهُ مُسْتَحَقًّا أَوْ مُسْتَحَبًّا ذَكَرْنَاهُ فِي اللَّعَانِ، وَيُغْلَظُ (و) عَلَى الْمُخَذَّرَةِ بِحُضُورِ الْجَامِعِ، وَلَا تُذَرُّ بِالتَّخَذُّرِ، وَشَرَطُ الْيَمِينِ أَنْ يُطَابِقَ الْإِنْكَارَ، وَأَنْ يَقَعَ بَعْدَ عَرْضِ الْقَاضِي، فَلَوْ بَادَرَ قَبْلَ طَلَبِ الْقَاضِي، لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ.

(وَأَمَّا الْمَخْلُوفُ عَلَيْهِ)، فَيُخَلَفُ عَلَى الْبَثِّ فِي كُلِّ مَا يَنْسِبُهُ إِلَى نَفْسِهِ مِنْ نَفْيٍ أَوْ إِثْبَاتٍ، وَيُخَلَفُ عَلَى الْبَثِّ فِي الْإِثْبَاتِ الْمُنْسُوبِ إِلَى غَيْرِهِ، كَنِكَاحٍ، وَفِي النَّفْيِ يَكْفِي الْحَلْفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، فَيَقُولُ: لَا أَعْلَمُ عَلَى مُورَثِي دِينًا، وَلَا أَعْلَمُ مِنْهُ إِلَّافًا وَبَيْعًا، وَهَلْ يَبْثُ فِي نَفْيِ أَرْضِ الْجَنَائَةِ عَنِ الْعَبْدِ؟ وَجَهَانٍ، وَفِي نَفْيِ الْإِثْلَافِ عَنْ بَهِيمَتِهِ الَّتِي قَصَرَ بِتَسْرِيجِهَا، يَجِبُ الْبَثُّ، ثُمَّ يَحِلُّ لَهُ الْيَمِينُ الْبَثُّ بِظَنٍّ يَخْصُلُ لَهُ؛ مِنْ خَطِّ، أَوْ قَرِينَةٍ حَالٍ؛ مِنْ نَكْوِلٍ خَصَمَ وَغَيْرِهِ، وَيُنْظَرُ فِي الْيَمِينِ إِلَى نِيَّةِ الْقَاضِي وَعَقِيدَتِهِ، فَلَا يَصِحُّ تَوْرِيئُهُ الْحَالِفِ، وَلَا قَوْلُهُ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي، وَلَا يَحِلُّ لِلشَّفَعَوِيِّ أَنْ يَخْلِفَ عِنْدَ الْقَاضِي الْحَنْفِيِّ عَلَى نَفْيِ اللُّزُومِ فِي شَفَعَةِ الْجَارِ؛ بِتَأْوِيلِ أَعْتِقَادِ نَفْسِهِ، بَلْ إِذَا أَلَزَمَهُ الْقَاضِي، صَارَ لَازِمًا ظَاهِرًا، وَعَلَيْهِ أَنْ يَخْلِفَ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَاطِنًا؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مُجْتَهِدًا، لَمْ يَلْزَمُهُ، وَإِنْ كَانَ مُقْلَدًا، يَلْزَمُهُ بَاطِنًا.

(وَأَمَّا الْحَالِفُ)، فَهُوَ كُلُّ مَنْ ثَوَّجَهُ عَلَيْهِ دَعْوَى صَحِيحَةٍ، فَيُخَلَفُ (ح م) فِي إِنْكَارِ النَّسَبِ وَالْوِلَاةِ وَالرَّجْعَةِ (ح) وَالنِّكَاحِ وَالظَّهَارِ وَالْإِبْلَاءِ، وَلَا يَخْلِفُ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى؛ إِذْ لَا نِزَاعَ فِيهَا، وَلَا يَخْلِفُ الْقَاضِي وَالشَّاهِدُ^(١)، وَيَخْلِفُ الْقَاضِي بَعْدَ الْعَزْلِ^(٢)، وَلَا يَخْلِفُ الصَّبِيُّ إِذَا ادَّعَى الْبُلُوغَ، بَلْ يُصَدَّقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ، لَمْ يَخْلِفْ، بَلْ يُنْتَظَرُ بُلُوغُهُ، إِلَّا الصَّبِيُّ الْمُشْرِكُ إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ اسْتَنْبَتَ الشَّعْرَ بِالْعِلَاجِ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَخْلِفْ، قُتِلَ.

وَقِيلَ: يُخْبَسُ، حَتَّى يَبْلُغَ، ثُمَّ يَخْلِفَ، فَإِنْ نَكَلَ، قُتِلَ.

وَلَا يَخْلِفُ الْوَصِيُّ وَالْقَيْمُ؛ إِذْ لَا يَقْبَلُ إِفْرَازُهُمَا، أَعْنِي بِالذَّيْنِ عَلَى الْمَيْتِ، وَلَا يَخْلِفُ (ح ز و) مَنْ يُنْكِرُ الْوَكَالَةَ بِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ؛ فَإِنَّهُ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَكِيلٌ، فَيَجُوزُ جُحُودُ الْمُوَكَّلِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى وَكَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الْخَصَمِ؟ فِيهِ وَجَهَانٌ.

(وَأَمَّا حُكْمُ الْيَمِينِ)، فَهُوَ أَنْقِطَاعُ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ، لَا بَرَاءَةُ الدِّمَةِ، بَلْ لِلْمُدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ؛

(١) قال الرافعي: «ولا يحلف القاضي والشاهد» هذا قد سبق في آخر الباب الأول من أدب القضاء، ومرة أخرى في الدعوى. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويحلف القاضي بعد العزل» هذا وجه والميل إلى الآخر أكثر. [ت]

أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ، وَيَعْتَذِرَ بِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ؛ أَلَّا لَهُ بَيِّنَةٌ^(١)، فَإِنْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لَا بَيِّنَةَ لَهُ حَاضِرَةً وَغَائِبَةً، فَفِي الْقَبُولِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ قَالَ: كَذَبَ شُهُودِي، بَطَلَتِ الْبَيِّنَةُ، وَفِي بُطْلَانِ دَعْوَاهُ وَجْهَانِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: لَا تَبْطُلُ، فَأَدَّعَى الْخَصْمُ إِقْرَارَهُ بِكَذِبِ الشُّهُودِ، وَأَرَادَ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ شَاهِدًا، وَيَخْلِفَ مَعَهُ؛ لِيَسْقِطَ الْبَيِّنَةَ، لَمْ يَجْزِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الطُّغْنُ، وَإِنْ قُلْنَا: تَبْطُلُ دَعْوَاهُ، جَارَتْ الْحُجَّةُ النَّاقِصَةُ؛ لِإِسْقَاطِ الدَّعْوَى بِالْمَالِ، وَلَوْ قَالَ: حَلَفَنِي مَرَّةً، فَلْيَخْلِفْ عَلَيَّ أَنَّهُ مَا حَلَفَنِي، سَمِعَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَلَوْ أَجَابَهُ بِأَنَّهُ حَلَفَنِي مَرَّةً عَلَى أَنِّي مَا حَلَفْتُهُ، فَلْيَخْلِفْ عَلَيَّ أَنَّهُ مَا حَلَفَنِي، لَمْ يُسْمَعْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَسَلَّلُ.

(الرُّخْنُ الرَّابِعُ: التُّكُولُ)، وَلَا يَنْبُتُ (م) الْحَقُّ بِهِ، وَلَكِنْ تُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعِي، إِذَا تَمَّ تَكْوُلُهُ، وَيَتِمُّ بِأَنْ يَقُولَ: لَا أَخْلِفُ، أَوْ أَنَا نَاكِلٌ، أَوْ سَكَتَ، وَقَالَ الْقَاضِي: قَضَيْتُ بِالتُّكُولِ، أَوْ قَالَ لِلْمُدَّعِي: أَخْلِفْ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَغْرَضَ الْقَاضِي الْيَمِينَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، وَيُشْرَحَ لَهُ حُكْمُ التُّكُولِ، فَإِنْ لَمْ يَشْرَحْ، وَقَضَى بِالتُّكُولِ، فَرَجَعَ، وَقَالَ: لَمْ أَعْرِفْ حُكْمَ التُّكُولِ، فَفِي جَوَازِ الْحَلْفِ خِلَافٌ (و).

وَحَيْثُ مَنَعْنَاهُ، فَلَوْ رَضِيَ الْمُدَّعِي بِمِمينِهِ، فَفِي جَوَازِهِ وَجْهَانِ، ثُمَّ الْمُدَّعِي، إِنْ نَكَلَ، فَتُكُولُهُ كَحَلْفِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ حَلَفَ فَهُوَ كإِقْرَارِ الْخَصْمِ أَوْ كَبَيِّنَةٍ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْحَقَّ بِهِ، وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي: أَمْهَلُونِي، أَمْهَلْنَاهُ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّهُ عَلَى اخْتِيَارِهِ فِي تَأْخِيرِ الطَّلَبِ، أَمَّا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَا يُمْهَلُ، فَلَوْ لَمْ يَزْجَعْ بَعْدَ ثَلَاثٍ، بَطَلَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينَ، وَكَانَ كَتُكُولِهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ عَلَى خِيَرَتِهِ أَبَدًا.

وَكَذَا الْكَلَامُ فِيمَا لَوْ أَقَامَ شَاهِدًا، وَأَرَادَ أَنْ يَخْلِفَ مَعَهُ، ثُمَّ نَكَلَ، فَالصَّحِيحُ (و)؛ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ، إِلَّا بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ، وَيَعْتَذَرُ رَدُّ الْيَمِينَ حَيْثُ يَكُونُ الْمُدَّعَى السُّلْطَانُ.

فَإِنْ نَكَلَ رَبُّ مَالِ الرِّكَاءِ، لَمْ يَخْلِفِ السَّاعِي، بَلْ يُقْضَى بِالتُّكُولِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيُحْبَسُ؛ عَلَى وَجْهِ حَتَّى يَخْلِفَ أَوْ يَقِرَّ، وَالذَّمُّ إِذَا أَدَّعَى؛ أَنَّهُ أَسْلَمَ قَبْلَ انْقِضَاءِ السَّنَةِ، ثُمَّ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينَ، فَيُحْبَسُ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيُقْضَى عَلَيْهِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَلَا يُطْلَبُ مِنْهُ شَيْءٌ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَوَلَدُ الْمُزْتَرِّقَةِ، إِذَا أَدَّعَى الْبُلُوغَ، وَأَتَاهُمْ، وَنَكَلَ، لَمْ يَنْبُتِ (و) أَسْمُهُ إِلَى أَنْ يُعْلَمَ بُلُوغُهُ.

وَمَنْ مَاتَ، وَلَا وَارِثَ لَهُ، فَأَدَّعَى الْقَاضِي لَهُ دَيْنًا عَلَى إِنْسَانٍ، فَنَكَلَ، حُسِبَ؛ عَلَى وَجْهِ؛

(١) قال الراعي: «ويعتذر بأنه لم يعلم أن له بيينة» هذا لا يشترط في صورة المسألة، بل له إقامة البيينة، وإن لم يعتذر فلو لم يذكره لم تقصر. [ت]

حَتَّى يُقَرَّرَ أَوْ يَخْلَفَ.

وَقُضِيَ عَلَيْهِ بِالْمَالِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيُتْرَكُ؛ عَلَى وَجْهِ، وَهُوَ أَبْعَدُ هَهُنَا مِنْهُ فِي الدُّمِيِّ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ الْبَيْتُ)، وَقَدْ ذَكَرْنَا شُرُوطَهَا، فَإِنْ تَعَارَضَتَا، وَلَا تَرْجِيحَ؛ فَلَا يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُدْعَى فِي أَيْدِيهِمَا، أَوْ فِي يَدِ ثَالِثٍ.

فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَالْبَيْتَانِ يَتَسَاقَطَانِ (ح)؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَتُوجِبُ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَيُفَرِّغُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَى قَوْلٍ؛ فَيُسَلِّمُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.

وَيُتَوَقَّفُ إِلَى الصُّلْحِ عَلَى قَوْلٍ، وَلَا يَجْرِي قَوْلُ الْقِسْمَةِ وَالصُّلْحِ فِي (و) الزَّوْجَةِ الْمُتَنَازِعَةِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ^(١) وَفِي جَرَيَانِ قَوْلِ الْقُرْعَةِ خِلَافٌ، فَإِذَا تَكَادَبَتِ الْبَيْتَانِ صَرِيحًا، لَمْ يَتَّجِعْ إِلَّا التَّهَاتُرَ؛ كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْقَتْلِ فِي وَقْتٍ، وَشَهِدَ الْآخَرُ عَلَى الْحَيَاةِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ نَفْسِهِ. وَقِيلَ بِطَرْدِ بَقِيَّةِ الْأَقْوَالِ^(٢) أَيْضًا.

وَلَوْ أَقَرَّ الثَّالِثُ لِأَحَدِهِمَا، فَهَلْ يُنْزَلُ إِقْرَارُهُ مَنْزِلَةَ الْيَدِ حَتَّى تَرْجَحَ الْبَيْتَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ فِي يَدَيْهِمَا، وَلَا يَخْفَى إِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ أَنْ تَجْرِيَ الْأَقْوَالُ، وَلَكِنْ إِذَا قُلْنَا بِالتَّهَاتُرِ، فَهَهُنَا تَبْقَى الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدْعٍ فِي النَّصْفِ مُدْعَى عَلَيْهِ فِي النَّصْفِ، فَيَخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى نَفْيِ مَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، وَلَا يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلْإِثْبَاتِ بِخِلَافِ التَّحَالُفِ فِي التَّبَعِ؛ إِذِ النَّصْفُ هَهُنَا مُمَيِّزٌ عَنِ النَّصْفِ وَثَمَّةٌ؛ لَا يَتَمَيَّزُ الْمُدْعِي عَنِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ.

وَقِيلَ فِي وُجُوبِ الْجَمْعِ بَيْنَ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ الْأَوَّلُ عَلَى النَّفْيِ، فَتَكَلَّ الثَّانِي، رُدَّ عَلَيْهِ الْيَمِينُ، فَيَخْلِفُ عَلَى الْإِثْبَاتِ، وَإِنْ تَكَلَّلَ الْأَوَّلُ الَّذِي بَدَأَ بِهِ الْقَاضِي؛ تَحَكُّمًا، أَوْ بِالْقُرْعَةِ، اجْتَمَعَ عَلَى الثَّانِي يَمِينُ النَّفْيِ لِلنَّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ، وَيَمِينُ الْإِثْبَاتِ لِلنَّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ شَرِيكِهِ؛ فَيَكْفِيهِ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ تَجْمَعُ بَيْنَ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ.

وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ يَمِينَيْنِ.

أَمَّا إِذَا وَجَدَ التَّرْجِيحَ، فَمَدَارِكُ التَّرْجِيحِ ثَلَاثَةٌ.

(١) قال الرافعي: «ولا يجري قول القسمة، والصلح في الزوجة المتنازعة بين رجلين» الظاهر جريان قول الصلح، وهو الوقف. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإذا تكادبت البيتان صريحاً... إلى قوله وقيل بطرد بقية الأقوال» الأول أرجح عند صاحب الكتاب، والأشهر الثاني. [ت]

(الْمَدْرَكُ الْأَوَّلُ): قُوَّةُ الْحُجَّةِ؛ فَيَقْدَمُ شَاهِدَانِ عَلَى شَاهِدٍ وَيَمِينُ؛ فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، فَلَوْ اقْتَرَنْتِ الْيَدُ بِالْحُجَّةِ الضَّعِيفَةِ، فَوَجْهَانِ: ^(١)

(أَحَدُهُمَا): أَنَّ الْيَدَ أَوْلَى.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُمَا يَتَعَادَلَانِ.

أَمَّا إِذَا كَانَ شُهُودُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ أَوْ أَعْدَلَ، فَلَا تَرْجِيحَ بِهِ (م)؛ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ أَضْلًا؛ بِخِلَافِ الرُّوَايَةِ؛ وَكَذَا لَا تَرْجِيحَ لِرَجُلَيْنِ عَلَى رَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ.

(الْمَدْرَكُ الثَّانِي: الْيَدُ)، فَقَدْ دُمَّ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ عَلَى بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، وَلَكِنْ إِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، وَلَوْ أَرَادَ إِقَامَتَهَا قَبْلَ دَعْوَى مُدَّعِي التَّسْجِيلِ، لَمْ يَجُزْ (و) وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الدَّعْوَى لِإِسْقَاطِ الْيَمِينِ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ وَقَبْلَ التَّغْدِيلِ، فَوَجْهَانِ، أَمَّا إِذَا أَقَامَ بَعْدَ إِزَالَةِ يَدِهِ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ، أَوْ أَدْعَى مِلْكًا سَابِقًا، فَهَلْ يُقَدَّمُ بِسَبَبِ يَدِهِ الَّتِي سَبَقَ الْقَضَاءُ بِإِزَالَتِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الْقَضَاءِ وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَن تَقْدَمَ، ثُمَّ إِذَا قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ، فَهَلْ يَخْتِاجُ إِلَى أَنْ يَخْلِفَ مَعَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ (و).

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَسْتَعْمَلُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا فِي إِسْقَاطِ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، فَيَبْقَى عَلَيْهِ الْيَمِينُ؛ كَمَا كَانَ.

(فَرْعَانِ):

(الْأَوَّلُ): الدَّاخِلُ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، فَأَدْعَى الشَّرَاءَ مِنَ الْمُدَّعِي، أَوْ ثَبَتَ الدَّيْنُ، فَأَدْعَى الْإِبْرَاءَ، فَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً، سُمِعَتْ قَبْلَ إِزَالَةِ الْيَدِ وَتَوْفِيَةِ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً، طُولِبَ فِي الْوَقْتِ بِالتَّسْلِيمِ، ثُمَّ إِذَا أَقَامَ، أَسْرَدَ.

(الثَّانِي): مَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِمِلْكٍ، لَمْ تُسْمَعْ بَعْدَ دَعْوَاهُ، حَتَّى يَدَّعِيَ تَلْقَى الْمِلْكِ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ، فَهَلْ يَخْتِاجُ بَعْدَهُ فِي الدَّعْوَى إِلَى ذِكْرِ التَّلْقَى مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَالْأَجَنَبِيُّ لَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ؛ إِذِ الْبَيِّنَةُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ؛ فَلَهُ دَعْوَى الْمِلْكِ مُطْلَقًا.

(الْمَدْرَكُ الثَّلَاثُ: اشْتِمَالُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى زِيَادَةٍ)، وَهِيَ أَقْسَامُ:

(الْأَوَّلُ) زِيَادَةُ التَّارِيخِ ^(٢)، فَإِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ، أَنَّهُ مَلَكَهُ مُنْذُ سَنَةٍ، وَالْأُخْرَى مُنْذُ سَنَتَيْنِ، فَفِي

(١) قال الرافعي: «فلو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة فوجهان... إلى آخرها» قيل: فيه قولان. ترجيح صاحب الكتاب اليد، وترجيح الآخر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «المدرک الثالث اشتمال إحدى البیتین علی زیادة وهي أقسام الأول: زیادة التاريخ»، ثم قال الطرف الثاني في العقود، والثالث في الموت ترتيب الكتاب من هنا إلى آخر الباب مضطرب، فإن زیادة التاريخ تدخل في العقود والموت، كما في الأموال المطلقة ولا ينبغي أن يدخل بعض أقسام التقسيم في بعض، ويجوز أن يقول في أول الركن تعارض البیتین قد يقع في الأملاك، وقد يقع في غيرها كالعقود والموت والوصية، فهذه أطراف: الأول في الأملاك والبیتان المتعارضتان فيها، إما أن يخلو عن الترجيح=

تَقْدِيمِ السَّابِقِ قَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً، وَالْأُخْرَى مُؤَرَّخَةً أَوْ مُضَافَةً إِلَى سَبَبٍ، مِنْ نِتَاجٍ أَوْ شِرَاءٍ، أَوْ زِرَاعَةٍ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْأَيُّ يُرْجَعُ الْمُقْبِلُ، فَإِنْ جَعَلْنَا لِلْسَّبَقِ أَثَرًا، فَكَانَ السَّبَقُ فِي جَانِبِ الْيَدِ فِي جَانِبٍ، قَدَّمَ الْيَدُ عَلَى وَجْهِهِ، وَالسَّبَقُ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَتَعَادَلَانِ عَلَى وَجْهِهِ.

(فُرُوعُ):

(الْأَوَّلُ): لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِمِلْكِهِ بِالْأَمْسِ، وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ، لَمْ تُسْمَعْ (و) حَتَّى يَقُولَ: هُوَ مِلْكُهُ فِي الْحَالِ، أَوْ لَا أَعْلَمُ لَهُ مُزِيلًا، فَإِنْ قَالَ: لَا أَدْرِي، زَالَ أَم لَا، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ قَالَ: أَغْتَقِدُ أَنَّهُ مِلْكُهُ؛ بِمَجَرَّدِ الِاسْتِصْحَابِ، فَقَبُولُهُ خِلَافٌ، أَمَّا لَوْ شَهِدَ بِأَنَّهُ أَقَرُّ لَهُ بِالْأَمْسِ، ثَبَتَ الْإِقْرَارُ، وَيُسْتَصْحَبُ (و) مُوجِبُ الْإِقْرَارِ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضِ الشَّاهِدُ لِلْمِلْكِ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ: كَانَ مِلْكَكَ بِالْأَمْسِ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَحْقِيقٍ، فَيُسْتَصْحَبُ؛ بِخِلَافِ الشَّاهِدِ؛ فَإِنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَخْمِينٍ؛ حَتَّى لَوْ قَالَ الشَّاهِدُ: هُوَ مِلْكُهُ بِالْأَمْسِ، اشْتَرَاهُ مِنَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، أَوْ أَقَرَّ لَهُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِالْأَمْسِ، فَيُسْمَعُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَنَدَ إِلَى تَحْقِيقٍ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِ الْمُدْعَى بِالْأَمْسِ، قَبْلَ، وَجُعِلَ الْمُدْعَى صَاحِبَ يَدٍ^(١).

(الْفَرْعُ الثَّانِي): الْبَيِّنَةُ الْمُطْلَقَةُ لَا تُوجِبُ تَقْدِيمَ زَوَالِ الْمِلْكِ عَلَى مَا قَبْلَ الْبَيِّنَةِ؛ حَتَّى لَوْ شَهِدَ عَلَى ذَاتِهِ، فِتْنَانُهَا قَبْلَ الْإِقَامَةِ لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَالثَّمَرَةُ الْبَادِيَةُ عَلَى الشَّجَرَةِ أَيْضًا كَذَلِكَ، وَالظَّاهِرُ (و)، أَنَّ الْجَنِينَ حَالَ الشَّهَادَةِ لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ؛ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، وَإِنْ أَمَكَّنَ انفصالُهُ بِالْبَيْعِ وَبِالْوَصِيَّةِ، وَمَعَ هَذَا فَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ، إِذَا أَخَذَ مِنْهُ بِحَقِّهِ مُطْلَقَةً، رَجَعَ عَلَى الْبَائِعِ، بَلْ لَوْ أَخَذَ مِنَ الْمُتَّهَبِ مِنَ الْمُشْتَرِي، أَوْ مِنَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمُشْتَرِي، رَجَعَ الْأَوَّلُ أَيْضًا، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ إِذَا لَمْ يَدَّعِ عَلَى الْمُشْتَرِي قَبْلَ إِزَالَةِ مِلْكِهِ مِنْهُ، عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ سَابِقَ، فَيَطَالِبُ الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ، وَعَجِيبٌ أَنْ يَتْرَكَ فِي يَدِهِ نِتَاجُ حَصَلِ قَبْلِ الْبَيِّنَةِ وَبَعْدَ الشِّرَاءِ، ثُمَّ هُوَ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ، وَلَكِنْ أُطْلِقَ الْأَصْحَابُ الْكَلَامَ كَذَلِكَ، فَلَا يَبْعُدُ (و) أَنْ يُقَالَ: لَا يُرْجَعُ إِلَّا إِذَا أَدَّعَى مِلْكًا سَابِقَ عَلَى شِرَائِهِ.

(الثَّالِثُ): إِذَا أَدَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا، فَذَكَرَ الشَّاهِدُ الْمِلْكَ وَسَبَبَهُ، لَمْ يَضُرَّ، وَلَكِنْ لَوْ أَرَادَ التَّرْجِيحَ بِالسَّبَبِ، وَجَبَ إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ بَعْدَ الدَّعْوَى لِلْسَّبَبِ، وَلَوْ ذَكَرَ الشَّاهِدُ سَبَبًا آخَرَ سِوَى مَا ذَكَرَهُ الْمُدْعَى، تَنَاقُضَتِ الشَّهَادَةُ وَالْدَّعْوَى، فَلَا تُسْمَعُ عَلَى أَضَلِّ الْمِلْكِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي الْمُقْوَدِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الْأَوَّلَى): إِذَا قَالَ: أَكْرَيْتُكَ الْبَيْتَ بَعَشْرَةَ، وَقَالَ الْمُكْتَرِي: بَلْ أَكْرَيْتَ الدَّارَ بِالْعَشْرَةِ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، فَلَا صَحْخُ أَنْ لَا تَرْجِيحَ؛ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَدَّعَى أَحَدُهُمَا

= أَوْ يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ، وَلِلتَّرْجِيحِ أَسْبَابُ ثَلَاثَةٌ ثَالِثُهَا اشْتِمَالُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى الْآخَرِ. [ت]

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِ الْمُدْعَى بِالْأَمْسِ قَبْلَ وَجُعِلَ الْمُدْعَى صَاحِبَ يَدٍ»

هَذَا غَيْرُ مُسَاعِدٍ عَلَيْهِ، بَلْ طَرُقَ الْأَصْحَابُ وَالشَّافِعِيُّ مُتَّفِقَةً عَلَى أَنَّ قِيَامَ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْيَدِ بِالْأَمْسِ، كَقِيَامِهَا عَلَى الْمِلْكِ فِي الْأَمْسِ كَالْوَقْفِ. [ت]

الْكِرَاءَ عَشْرَةَ، وَالْآخَرُ عَشْرِينَ، فَيَتَعَارَضَانِ، وَلَا يَجْرِي إِلَّا قَوْلُ التَّهَائُرِ أَوْ الْقَرْعَةِ، أَمَّا الْقِسْمَةُ، فَلَا يُمَكِّنُ إِذَ الرِّبَادَةُ يَدْعِيهَا أَحَدُهُمَا، وَيَنْفِيهَا الْآخَرُ، وَلَا يُثْبِتُهَا لِنَفْسِهِ، وَقَوْلُ الْوَقْفِ لَا يُمَكِّنُ (و)؛ إِذْ تَقُوتُ الْمَنَافِعُ.

(الثَّانِيَةُ): أَدْعَى رَجُلَانِ دَارًا فِي يَدِ ثَالِثٍ يَزْعُمُ كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَوَفَّرَ الثَّمَنَ، فَإِنْ سَبَقَ تَارِيخُ أَحَدِهِمَا، قُدِّمَ وَإِلَّا جَرَتْ الْأَقْوَالُ الْأَرْبَعَةُ، لَكِنْ إِذَا لَمْ يُسَلَّمْ لِأَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنَ الدَّارِ، إِمَّا بِقَرْعَةٍ أَوْ قِسْمَةٍ، رُجِعَ إِلَى الثَّمَنِ؛ إِذْ لَا تَضَادُّ فِي اجْتِمَاعِ الثَّمَنَيْنِ، فَلَوْ قَضَيْنَا بِالْقِسْمَةِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ خِيَارُ الْفَسْخِ؛ فَإِذَا فُسِّخَ أَحَدُهُمَا، رُجِعَ إِلَى الثَّمَنِ، وَكَانَ لِلْآخَرِ أَخْذُ جَمِيعِ الدَّارِ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلُ خَامِسٍ؛ أَنَّهُ يَسْتَعْمِلُ الْبَيِّنَةَ فِي فُسْخِ الْعَقْدَيْنِ؛ لِتَعَدُّرِ الْإِمْضَاءِ^(١)، فَيَرْجِعَانِ إِلَى الثَّمَنَيْنِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يَدْعِيَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهِ أَلْفًا مِنْ ثَمَنِ دَارٍ فِي يَدِهِ، فَالْصَّحِيحُ (و) أَنْ لَا تَعَارَضَ، وَيَثْبُتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَلْفٌ فِي ذِمَّتِهِ إِلَّا إِذَا عَيَّنَّا وَقْتًا يَسْتَحِيلُ فِيهِ تَقْدِيرُ عَقْدَيْنِ مُتَعَارِضَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): أَدْعَى عَبْدٌ، أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ، وَأَدْعَى آخَرُ؛ أَنَّ مَوْلَاهُ بَاعَهُ مِنْهُ، فَالْبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ، وَلَا يَقْدَمُ (ز) جَانِبُ الْعَبْدِ بِتَقْدِيرِ أَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ.

وَعَلَى قَوْلِ الْقِسْمَةِ يُعْتَقُ نِصْفُ الْعَبْدِ، وَلَا يَسْرِي؛ (و) لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِهِ قَهْرًا^(٢).

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي الْمَوْتِ)، وَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

(الْأُولَى): أَبْنُ مُسْلِمٍ، وَآخَرُ نَضْرَانِيٍّ، أَدْعَى الْمُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَ، ثُمَّ مَاتَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ النَّضْرَانِيِّ، وَالْمَقْدَمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ، إِنْ تَعَارَضَتَا؛ لِأَنَّ الثَّقِيلَةَ أَوْلَى مِنَ الْمُسْتَضْحَكَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَدْعَى الْأَبْنُ الْإِزْتَ فِي دَارِ (ح)، وَأَدْعَتْ زَوْجَةُ الْأَبِ؛ أَنَّ أَبَاهُ أَصْدَقَهَا أَوْ بَاعَهَا قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهَا، وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ نَضْرَانِيٍّ، أَنَّهُ نَطَقَ بِالتَّنْصُرِ، وَمَاتَ عَقِيبَهُ، فَهُمَا مُتَعَارِضَتَانِ، وَيَجْرِي (و) قَوْلُ الْقِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَشْتَرِكُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ فِي إِزْتِ، وَلَوْ كَانَ الْمَيِّتُ مَجْهُولَ الدِّينِ، فَأَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ، فَلَا تَرْجِيحُ (ح) وَ) لِبَيِّنَةِ الْإِسْلَامِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً، فَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ بِالتَّضْدِيقِ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْمَالَ فِي يَدِهِمَا، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، لَمْ يُخَصَّ بِالتَّضْدِيقِ بَعْدَ إِفْرَاقِهِ؛ بِأَنَّهُ مِنْ جِهَةِ الْإِزْتِ، وَيُصَلَّى عَلَى هَذَا الْمَيِّتِ؛ أَخْيَاطًا؛ فَلَعَلَّهُ مُسْلِمٌ.

(الثَّانِيَةُ): مَاتَ نَضْرَانِيٍّ فِي رَمَضَانَ، فَأَدْعَى أَحَدُ أَبْنَيْهِ، أَنَّهُ أَسْلَمَ فِي سُؤَالِ، فَيَرْتُهُ، وَقَالَ الْآخَرُ: بَلْ فِي شَعْبَانَ، فَلَا تَرْتُهُ، فَبَيِّنَةُ النَّضْرَانِيِّ أَوْلَى؛ لِأَنَّهَا نَاقِلَةٌ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ، إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْكُفْرِ، وَلَوْ أَسْلَمَ الْإِبْنُ فِي رَمَضَانَ، لَكِنْ أَدْعَى أَنَّ الْأَبَ مَاتَ فِي شَعْبَانَ، فَتَقْدَمُ بَيِّنَتُهُ، لَكِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ النَّضْرَانِيِّ، لِأَنَّ الْأَصْلَ دَوَامُ الْحَيَاةِ إِلَى سُؤَالِ.

(١) قال الرافعي: «وفي المسألة قولٌ خامس أنه يستعمل البينة في فسخ العقدین لتعدُّر الإمضاء» الأئمت من رواية هذا القول بطلان العقدین لا إنشاء الفسخ. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يسري لأنه محكوم به قهراً» هذا أحد الوجهين والأصح عند جماعة السراية منهم القاضي الروياني. [ت]

(الثالثة): لَوْ قَالَ: إِنْ قُتِلْتُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَقَامَتْ بَيْنَهُ الْوَارِثُ، أَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ، وَبَيْنَهُ الْعَبْدُ؛ أَنَّهُ قُتِلَ، فَقَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: التَّسْوِيَةُ.

وَالْآخَرُ: تَقْدِيمُ بَيْنَةِ الْقَتْلِ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الزِّيَادَةِ.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِي الْعِنَقِ وَالْوَصِيَّةِ)، وَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

(الأولى): إِذَا ثَبَتَ عِنَقُ عَبْدَيْنِ بِيَسْتَيْنِ؛ كُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِ الْمَرِيضِ الْمُعْتَقِ، عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفَهُ؛ إِذَا الْغَالِبُ أَكْثَرُهُمَا مُتَعَاقِبَانِ، فَيُعْتَقُ السَّابِقُ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا أَشْكَلَ السَّابِقُ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اجْتَمَعَ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي الْجُمُعَتَيْنِ وَالنِّكَاحَيْنِ، فَإِنْ جُعِلَ كَالْاجْتِمَاعِ، فَتُفْرَعُ، لَكِنْ لَوْ كَانَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ سُدُسَ الْمَالِ، وَخَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ عَتَقَ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخَرِ نِصْفَهُ؛ لِتَكْمِلَةِ الثُّلُثِ، وَإِنْ رَأَيْنَا الْقِسْمَةَ، فَيُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلَاثُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ النَّفِيسِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ، وَمِنْ الْخَسِيسِ نِصْفَهُ؛ لِأَنَّ نِصْفَ النَّفِيسِ حُرٌّ بِكُلِّ حَالٍ، تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ، وَإِنَّمَا الرَّخْمَةُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي.

(الثانية): شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ؛ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِمًا، وَهُوَ ثُلُثٌ، وَشَهِدَ وَارِثَانِ؛ بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ، وَأَعْتَقَ سَالِمًا، وَهُوَ ثُلُثٌ، رَقٌّ (ح م) غَانِمٌ، وَعَتَقَ سَالِمٌ؛ إِذْ لَا تَهْمَةَ عَلَى الْوَارِثِ؛ لِمَا ذُكِرَ لِلرُّجُوعِ بَدَلًا، فَإِنْ كَانَ سَالِمٌ سُدُسَ الْمَالِ، صَارَ مَثَهُمَا، فَيُعْتَقُ غَانِمٌ بِالشَّهَادَةِ، وَيُعْتَقُ سَالِمٌ بِالْإِفْرَارِ. وَقِيلَ: إِنَّهُ يُفْرَعُ أَيْضًا، وَيَلْعَوُ شَهَادَةُ الرُّجُوعِ، وَتَبْقَى شَهَادَةُ الْعِنَقِ.

(الثالثة): إِذَا شَهِدَتْ بَيْنَةٌ بِأَنَّهُ أَوْصَى لِزَيْدٍ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَى بِأَنَّهُ أَوْصَى لِبَكْرِ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَى بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ، فَعَلَى وَجْهِ: تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ بِالرُّجُوعِ الْمُبْهِمِ، وَيُسَلَّمُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ سُدُسٌ.

وَعَلَى وَجْهِ: يَصِيحُ لِعَتَيْنِ الْمَشْهُودِ لَهُ وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، فَيَقْسَمُ عَلَيْهِمَا سُدُسٌ وَاحِدٌ.

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ وَالْحَاقِ الْقَائِفِ)

وَلَهُ أَرْكَانٌ:

(الأولُ: الْمُسْتَلْحَقُّ)، وَيَصِيحُ اسْتِلْحَاقُ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ^(١) وَالْمُعْتَقِ، وَفِي الْعَبْدِ وَالْمُعْتَقِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ

(١) قال الرافعي: «ويصح استلحاق الحر والعبد» استلحاق العبد والخلاف فيه مذكور في «اللقيط» حيث قال: ولو استلحقه عبد، فالصحيح من القولين أنه كالحُرِّ في النسب. [ت]

لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى^(١)؛ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ الْوَلَاءِ، وَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ الْمَرْأَةِ^(٢)؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا إِذَا كَانَتْ خَلِيفَةً مِنَ الزَّوْجِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمُلْحَقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُذْلَجِيٍّ مُجْرَبٍ أَهْلٍ لِلشَّهَادَةِ، وَفِي غَيْرِ الْمُذْلَجِيِّ إِذَا تَعَلَّمَ الْقِيَافَةَ وَجْهَانِ، وَتَجَرِبَتُهُ بِأَنْ يُعْرَضَ وَلَدٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ مِنَ الشُّنُوءَةِ لَيْسَ فِيهِمْ أَثْمُهُ، ثُمَّ فِي صِنْفٍ رَابِعٍ فِيهِمْ أَثْمُهُ، فَإِنْ أَصَابَ فِي الْكُلِّ، قُبِلَ قَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْقَائِفِ الذُّكُورَةُ وَالْحُرِّيَّةُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: مَحَلُّ الْعَرْضِ عَلَى الْقَائِفِ)، فَالْمَوْلُودُ إِذَا تَدَاعَاهُ اثْنَانِ، لَمْ يَلْحَقْهُمَا، بَلْ يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، إِذَا كَانَ كَوْنُهُ مِنْهُمَا مُمَكِّناً شَرْعاً؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَطَأَ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ وَطِئَ الثَّانِي بَعْدَ تَحَلُّلِ خِيَصَةٍ، انْقَطَعَ الْإِمْتِكَانُ عَنِ الْأَوَّلِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجاً فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَإِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ، فَفِي انْقِطَاعِ إِمْتِكَانِهِ قَوْلَانِ.

وَمَنْ أَنْفَرَدَ بِدَعْوَةِ مَوْلُودٍ صَغِيرٍ فِي يَدِهِ، لِحَقِّهِ، فَإِنْ بَلَغَ، فَانْتَفَى عَنْهُ، هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٣).

وَأِنْ أَدْعَى نَسَبَ بَالِغٍ، فَأَنْكَرَ، لَمْ يَلْحَقْهُ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ، وَإِنْ سَكَتَ، أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ^(٤)، وَإِنْ أَقَرَّ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْقَائِفِ.

وَمَنْ أَدْعَى نَسَبَ مَوْلُودٍ عَلَى فِرَاشٍ غَيْرِهِ؛ بِأَنْ أَدْعَى وَطْناً بِالشُّبْهَةِ، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ وَافَقَهُ الزَّوْجَانِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ بَيِّنَةٍ عَلَى الْوَطْءِ؛ لِحَقِّ الْمَوْلُودِ، وَإِنْ تَدَاعَا صَبِيّاً، وَهُوَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، لِحَقِّ بِصَاحِبِ الْيَدِ خَاصَّةً^(٥).

(١) قال الرافعي: «وفي العبد والمعقوق وجه أنه لا يثبت نسبه بمجرد الدعوى» المشهور اختلاف القول دون الوجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويصح استلحاق المرأة» المسألة مذكورة في «اللقيط». [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإن بلغ فانتفى عنه فهل يقبل؟ فيه القولان» المشهور الوجهان وقال أيضاً: «فإن بلغ فانتفى عنه هل يقبل؟ فيه قولان» المسألة مذكورة مرة في «الإقرار» وأخرى في «اللقيط». [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن ادعى نسبه بالغ فأنكره لم يلحقه، وإن ألحقه القائف وإن سكت ألحقه القائف» هذا لا يكاد يوجد لغير صاحب الكتاب، وليس هناك إلا واحد يدعيه نعم لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه، وهو ساكت فيعرض على القائف. [ت]

وقال أيضاً: «وإن ادعى نسب بالغ، فأنكر لم يلحقه» هي مذكورة في البابين أيضاً. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن تداعيا صبيّاً، وهو في يد أحدهما الحق بصاحب اليد خاصته» الأشبه تفصيل أو رده في اللقيط، وهو أن اليد إن كانت عن التقاط لم يؤثر، وإلا فصاحب اليد إن تقدم استلحاقه، وإلا فوجهان. [ت]

وَمَنْ أَسْتَلْحَقَّ، وَأُنْكَرَتْ زَوْجَتُهُ وَلَادَتْهُ، فَهَلْ يُلْحَقُهَا (و) بِمُجَرَّدِ دَعْوَى الْأَبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِذَا لَمْ يَجِدْ قَائِماً، أَوْ تَحَيَّرَ؛ فَإِنْ بَلَغَ الصَّبِيُّ، حَبَسْنَاهُ حَتَّى يَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا، وَيَكُونَ اخْتِيَارُهُ كَالْحَاقِ الْقَائِفِ؛ حَتَّى لَا يَقْبَلَ رُجُوعُهُ؛ كَمَا لَا يَقْبَلُ رُجُوعُ الْقَائِفِ^(١).

وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى انْتِسَابِ الصَّغِيرِ الْمُمَيَّزِ، وَإِنْ وَطِنَا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ، وَحَبِلَتْ، لَكِنْ أَدَّعَى أَحَدُهُمَا الْوَلَدَ، وَسَكَتَ الْآخَرُ، فَفِي قَوْلٍ يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالْمُدَّعِي، وَنَفَقَةُ الْوَلَدِ قَبْلَ إلْحَاقِ الْقَائِفِ - عَلَيْهِمَا، ثُمَّ يَرْجِعُ مَنْ قَطَعَ الْقَائِفُ نَسَبَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ، عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ.

(١) قال الرافعي: «وإن لم يجد قائماً أو تحيّر.. إلى قوله: كما لا يقبل رجوع القائف». يفيدُه قوله في «اللقيط» [ت].

(كِتَابُ الْعِتْقِ)

وَلَا يَخْفَى أَنَّهُ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ لَا يُصَادَفُ إِغْتَاقُهُ حَقًّا لَازِمًا، وَصَرِيحٌ لَفْظُهُ الْإِغْتَاقُ وَالتَّخْرِيرُ، أَمَّا فَلُكُ الرَّقَبَةِ، فَهُوَ صَرِيحٌ، عَلَى وَجْهِهِ.

وَلَوْ قَالَ: يَا حُرَّةُ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ نِدَاءَهَا بِاسْمِهَا الْقَدِيمِ، لَمْ يُقْبَلْ (و) ظَاهِرًا^(١)، إِلَّا أَنْ يَكُونَ اسْمُهَا فِي الْحَالِ حُرَّةً.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (يا اذا ذمرد)، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الوَصْفَ بِالْجُودِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ اسْمُهُ اِذَا ذَمَرْدَ، أَوْ كَانَ (و) مَعَهُ قَرِينَةٌ، تَدُلُّ عَلَى الْمَدْحِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ: يَا سَيِّدِي، وَلِجَارِيَّتِهِ يَا كَذْبَانُوا، فَهُوَ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ^(٢)، وَلَوْ قَالَ: يَا مَوْلَايَ، فَهُوَ كِنَايَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ: أَعْتَقْتُكَ، لَعَا، إِنْ فُهِمَ مِنْهُ الْإِنْشَاءُ، وَإِنْ فُهِمَ مِنْهُ الْإِفْرَازُ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ، كَانَ مُوَاحِدًا بِهِ.

وَالنَّظَرُ فِي خَوَاصِّ الْعِتْقِ، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الْخَاصَّةُ الْأُولَى: السَّرَايَةُ)، وَمَنْ أَعْتَقَ بَغْضَ عَبْدِهِ سَرَى إِلَى الْبَاقِي، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَ عُضْوًا مُعَيَّنًا، وَلَوْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ مِنْ عَبْدٍ، قَوْمَ (ح) عَلَيْهِ الْبَاقِي بِأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ:

(الْأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا بِمَالٍ فَاضِلٍ عَنْ قُوَّتِ يَوْمِهِ وَدَسَتْ ثَوْبٌ؛ كَمَا كَانَ فِي الدُّبُونِ الَّتِي عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ مَالِهِ، فَهُوَ مُعْسِرٌ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٣).

وَالْمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلَّا فِي قَدْرِ الثَّلَاثِ، وَالْمَيِّتُ مُعْسِرٌ مُطْلَقًا؛ حَتَّى لَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ، فَنَصِيصِي مِنْكَ حُرٌّ، لَمْ يَسِرْ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ صَارَ لِلْوَرَثَةِ، وَلَوْ كَانَ مُوسِرًا بِالْبَعْضِ، سَرَى بِذَلِكَ الْقَدْرِ؛ عَلَى وَجْهِهِ.

وَعَلَى وَجْهِهِ: لَا يَسِرِي.

(الثَّانِي): أَنْ يُعْتَقَ بِاخْتِيَارِهِ، فَإِنْ وَرِثَ نِصْفَ قَرَبِيهِ، فَعَتَقَ، لَمْ يَسِرْ، وَإِنْ أَتَّهَبَ أَوْ اشْتَرَى، سَرَى.

(الثَّالِثُ): أَلَّا يَتَعَلَّقَ بِمَحَلِّ السَّرَايَةِ حَتَّى لَازِمٌ، فَإِنْ كَانَ تَعَلَّقَ بِهِ زَهْنٌ أَوْ كِتَابَةٌ أَوْ تَدْبِيرٌ أَوْ

(١) قال الرافعي: «فإذا قال: يا حرة ثم قال: أردت نداءها باسمها القديم لم يقبل ظاهراً» هذا وجه والأشبهه القبول [ت].

(٢) قال الرافعي: «ولو قال له يا سيدي، ولجاريته (يا كذبانوا) فهو ليس بكناية» هذا الوجه في الأشبه أنه كناية [ت].

(٣) قال الرافعي: «ولو كان عليه دين بقدر ماله، فهو معسر على الأصح» عند الأكثرين أنه موسر والدين لا يمنع السراية [ت].

أَسْتِيلَادٌ، فَفِي الْكُلِّ خِلَافٌ^(١)، وَالْأَسْتِيلَادُ أَوَّلَاهَا بِالْمَنْعِ، وَالتَّذْيِيرُ أَوْعَفُهَا.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتِمَّكَنَ الْعِنَقُ مِنْ نَصِيْبِهِ أَوَّلًا، فَلَوْ قَالَ: أَغْتَفْتُ نَصِيْبَ شَرِيْكِي، لَغَا قَوْلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَغْتَفْتُ نِصْفَ هَذَا الْعَبْدِ، فَيُعْتَقُ جَمِيعُ نِصْفِهِ، وَلَكِنْ لَوْ قَالَ: يَغْتُ هَذَا الْعَبْدَ، فَيَنْزِلُ عَلَى نِصْفِ شَائِعٍ، لَيَبْطُلُ فِي الْبَعْضِ أَوْ يُخَصَّصُ بِنَصِيْبِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ وَكَذَا فِي الْإِفْرَارِ، وَالْأَوَّلَى تَخْصِيصُ التَّبَعِ بِنَصِيْبِهِ وَإِشَاعَةُ الْإِفْرَارِ، ثُمَّ إِذَا وَجِدْتَ الشُّرُوطَ، فَتَتَعَجَّلْ (م) السَّرَايَةَ، عَلَى قَوْلِي، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ؛ عَلَى قَوْلِي.

وَعِنْدَ الْآدَاءِ يَتَبَيَّنُ (م) إِسْنَادُ الْعِنَقِ؛ عَلَى قَوْلِي، وَيَتَبَيَّنِي عَلَى الْأَقْوَالِ مَسَائِلُ:

(الأَوَّلَى): فِي تَعْجِيلِ تَسْرِيَةِ الْأَسْتِيلَادِ تَجْرِي فِيهِ الْأَقْوَالُ، وَالْعِنَقُ أَوَّلَى بِالْتَّعْجِيلِ؛ لِأَنَّهُ تَنْجِيزٌ.

وَقِيلَ عَكْسُهُ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِيلَادَ فَعْلِيٌّ.

(الثَّانِيَةُ): عَبْدٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ، لِأَحَدِهِمْ ثُلُثُهُ، وَلِلْآخَرِ سُدُسُهُ، فَأَعْتَقَا، وَسَرَى، فَالْقِيَمَةُ لِلْسَّرَايَةِ عَلَى عَدَدِ رُؤُسِهِمَا، أَوْ عَلَى قَدَرِ مِلْكِهِمَا؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

(الثَّالِثَةُ): إِذَا حَكَمْنَا بِتَأْخُرِ السَّرَايَةِ، فَيَجِبُ أَقْصَى قِيَمَتِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ إِلَى يَوْمِ الْآدَاءِ:

وَقِيلَ: بَلْ يُعْتَبَرُ يَوْمُ الْآدَاءِ.

وَقِيلَ: بَلْ يَوْمُ الْإِعْتَاقِ^(٣).

وَأِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدَرِ الْقِيَمَةِ، فَالْقَوْلُ الصَّحِيحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْغَارِمُ نَقِيصَةً طَارِيَةً، فَيُخْرِجُ عَلَى قَوْلِي تَقَابُلَ الْأَصْلَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): إِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ الْآدَاءِ؛ عَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ، فَالْقِيَمَةُ فِي تَرَكِّهِ، وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ، فَفِي سُقُوطِ الْقِيَمَةِ وَجْهَانِ، وَلَا يَنْفَدُ بَيْعُ الشَّرِيكِ قَبْلَ الْآدَاءِ، وَفِي إِعْتَاقِهِ وَجْهَانِ، وَمَهُمَا أَعْسَرَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ الْآدَاءِ، أَرْزَقَ الْحَجْرُ عَنِ الشَّرِيكِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: مَهْمَا أَغْتَفْتُ نَصِيْبَكَ، فَنَصِيْبِي حُرٌّ، فَأَغْتَقَ الْمَقُولُ لَهُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، عَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ أَقْوَى مِنَ التَّغْلِيْقِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا، نَفَذَ عَلَى الْمُعْلَقِ، وَإِنْ قَالَ: فَنَصِيْبِي قَبْلَهُ حُرٌّ، فَهُوَ دَوْرٌ، وَيَمْتَنِعُ عَلَى الْمَقُولِ لَهُ عِنْدَ مَنْ يُبْطِلُ الدَّوْرَ اللَّفْظِيَّ.

(الْسَّادِسَةُ): لَوْ قَالَ: أَغْتَفْتُ نَصِيْبَكَ، وَأَنْتَ مُوسِرٌ، فَأَنْكَرَ، عَتَقَ نَصِيْبُ الْمُدَّعِي مَجَانًا، وَلَهُ

(١) قال الرافعي: «فإن كان تعلق به رهن أو كتابة أو تدبير أو استيلاد، ففي الكل خلاف»، وفي التدبير والاستيلاد قولان [ت].

(٢) قال الرافعي: «عبد بين ثلاثة، لأحدهم ثلثه، وللآخر سدسه فأعتقا... إلى قوله قولان» هذه طريقة، والأظهر عند الأصحاب القطع بأن قسمة ما سرى إليه على عدد الرؤوس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «إذا حكمنا بتأخر السراية فيجب أقصى قيمته... إلى قوله وقيل بل يوم الاعتاق» النظم يشعر بترجيح الأول، والذي أورده الأكثرون اعتبار قيمة يوم الاعتاق [ت].

أَنْ يُحْلَقَهُ، فَإِنْ نَكَلَ، اسْتَحَقَّ بِالْيَمِينِ الْمَزْدُودَةَ قِيمَةَ نَصِيْبِهِ، وَلَمْ يُعْتَقْ (و) نَصِيْبُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ وَاحِدًا: إِنْ كَانَ الطَّائِفُ غُرَابًا، فَنَصِيْبِي حُرٌّ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيْبِي حُرٌّ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ لِلشُّكِّ.

فَإِنْ اشْتَرَى الْعَبْدَ ثَالِثًا، حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ النِّصْفِ فِي يَدِهِ لِلْيَقِينِ، وَلَمْ يَكُنْ (و) لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا رُجُوعٌ بِالشَّمَنِ.

(الْخَاصِيَّةُ الثَّانِيَّةُ: عَتَقَ الْقَرَابَةَ)، وَمَنْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ أَحَدُ أَبْعَاضِهِ، أَغْنَى أَصُولُهُ وَقُرُوعُهُ، عَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ، سِوَاهُ دَخَلَ قَهْرًا بِالِازْتِ أَوْ اخْتِيَارًا بِالْعَقْدِ، فَلَا يَغْتَقُ (ح م) مَنْ عَدَا الْأَبْعَاضَ، وَلَا يَشْتَرِي الطِّفْلَ قَرِيبَهُ، وَلَكِنْ يَتَّهَبُ الْوَلِيُّ لَهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بِحَيْثُ تَجِبُ التَّفَقُّهُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَبِلَ لَهُ هِبَةً نِصْفَ قَرِيبِهِ، لَمْ يَصِحَّ؛ حَدَرًا مِنَ السَّرَايَةِ. وَقِيلَ: يَصِحُّ، وَلَا يَسْرِي.

وَالْمَرِيضُ إِذَا اشْتَرَى قَرِيبَهُ، عَتَقَ إِنْ وَفَّى بِهِ ثُلُثُهُ، وَإِلَّا لَمْ يَغْتَقِ، وَإِنْ مَلَكَهَ يَزِثُّ أَوْ هِبَةً، فَيُخَسَّبُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، أَوْ الثُّلُثِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، عَتَقَ عَلَى الْمَخْجُورِ الْمُفْلِسِ أَيْضًا، وَالْمَذْبُورِ، وَالْمَرِيضِ، وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِمُحَابَاةٍ، فَقَدَّرُ الْمُحَابَاةُ يُخْرِجُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَالْبَاقِي لَا يَغْتَقِ، وَلَوْ قَهَرَ الْحَزْبِيُّ حَزْبِيًّا، مَلَكَهَ، وَصَحَّ بَيْعُهُ مِنَ الْمُسْلِمِ، فَإِنْ قَهَرَ أَبَاهُ، فَهَلْ يَصِحُّ بَيْعُهُ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ مَاخِذُهُمَا دَوَامُ الْقَهْرِ الْمُبْطِلُ لِلْعَتَقِ، إِنْ فُرِضَ، وَدَوَامُ الْقَرَابَةِ الدَّافِعَةُ لِمَلِكِ الْقَهْرِ، وَلَوْ اشْتَرَى نِصْفَ قَرِيبِهِ، عَتَقَ وَسَرَى عِنْدَ شُرُوطِهِ، وَلَوْ وَرِثَ، لَمْ يَسْرِ، وَلَوْ قَبِلَ وَكَيْلُهُ، فَأَخْتِيَارٌ وَكَيْلُهُ كَاخْتِيَارِهِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَغْضِ أَبِيهِ، فَمَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ، فَقَبِلَهُ لَهُ أَخُوهُ، سَرَى عَلَى الْمَيِّتِ، إِنْ وَفَّى بِهِ الثُّلُثُ، وَكَأَنَّهُ قَبِلَ فِي الْحَيَاةِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَغْضِ ابْنِ أَخِيهِ، فَمَاتَ، فَقَبِلَ أَخُوهُ لَهُ، لَمْ يُعْتَقِ عَلَى الْأَخِ؛ فِيهِ وَجْهٌ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَحْصُلُ لِلْمَيِّتِ، ثُمَّ لَهُ؛ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ غَيْرَ مَقْصُودٍ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَغْضُ قَرِيبِهِ بِرَدِّ عَوْضِهِ بِالْغَيْبِ، لِأَنَّهُ رَجَعَ غَيْرَ مَقْصُودٍ.

(الْخَاصِيَّةُ الثَّالِثَةُ: امْتِنَاعُ الْعَتَقِ بِالْمَرَضِ)، فَإِذَا أَغْتَقَ عَبْدًا، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ ثُلُثُهُ فَقَطْ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنِ مُسْتَعْرِقٍ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ، فَإِنْ مَاتَ هَذَا الْعَبْدُ قَبْلَ السَّيِّدِ، فَيَمُوتُ رَقِيقًا كُلُّهُ، أَوْ حُرًّا، أَوْ ثُلُثُهُ حُرٌّ، وَثُلَاثُهُ رَقِيقٌ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، وَتُظْهَرُ فَائِدَتُهُ فِيمَا لَوْ وَهَبَ وَأَقْبَضَ، فَمَاتَ فِي مَوْلَاةِ النَّجْهِيزِ، أَمَّا لَوْ قَتَلَهُ الْمُتَّهَبُ، فَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مَا وَرَاءَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أَغْتَقَ ثَلَاثَةَ أَغْنَدٍ، وَمَاتَ وَاحِدٌ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَيُجْعَلُ كَالْمَعْدُومِ أَمْ يَدْخُلُ الْمَيِّتُ فِي الْقُرْعَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و)، فَإِنْ قُلْنَا: يَدْخُلُ، فَلَوْ خَرَجَ عَلَيْهِ، رَقِيَ الْآخَرَانِ، وَلَوْ خَرَجَ عَلَى إِحْدَى الْجَهَنِّيْنِ، لَمْ يَغْتَقِ إِلَّا ثُلَاثًا، وَمَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ قَبْلَ امْتِدَادِ يَدِ الْوَارِثِ إِلَيْهِ، هَلْ يَكُونُ كَالْمَوْتِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْخِلَافَ فِي مَوْتِهِ قَبْلَ الْقُرْعَةِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، لِأَنَّهُ مَخْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

(الْخَاصِيَّةُ الرَّابِعَةُ الْقُرْعَةُ)، وَمَحَلُّهَا أَنْ يُغْتَقَ عَبِيدًا مَعًا، يَقْضُرُ الثُّلُثُ عَنْهُمْ، وَلَوْ أَغْتَقَ عَلَى تَرْتِيبٍ، فَالسَّابِقُ مُقَدَّمٌ، وَلَوْ أَوْصَى عَلَى تَرْتِيبٍ أَوْ جَمْعٍ، أَفْرَعُ.

وَقِيلَ: لَا قُرْعَةَ فِي الْوَصِيَّةِ، بَلْ يُقَسَّمُ عَلَيْهِمْ.

وَلَوْ قَالَ: الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُرٌّ، فَفِي إِجْرَاءِ الْقُرْعَةِ وَجْهَانِ، وَأَسْهَلُ طُرُقِ الْقُرْعَةِ، إِذَا كَانُوا ثَلَاثَةً: أَنْ يُكْتَبَ الرُّقَى عَلَى رُفْعَتَيْنِ، وَالْحُرِّيَّةُ عَلَى رُفْعَةٍ، وَتُدْرَجُ فِي بِنَادِقِ مُتَشَابِهَةٍ، وَتُعْطَى صَبِيًّا، حَقٌّ يُعْطَى كُلُّ عَبْدٍ وَاحِدًا، وَلَا يَتَعَيَّنُ الْكَاعْدُ، بَلْ يَجُوزُ بِالْخَشَبِ وَالتُّوتَى، وَلَا يَجُوزُ بِشَيْءٍ آخَرَ فِيهِ خَطَرٌ؛ كَقَوْلِهِمْ: إِنْ طَارَ غُرَابٌ ففلانٌ يَتَعَيَّنُ لِلْحُرِّيَّةِ.

(أَمَّا كَيْفِيَّةُ التَّجْرِئَةِ)، فَسَهْلٌ، إِذَا أَمَكَنْ تَجْرِئَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْقِيَمَةِ، وَلَا بَأْسَ إِنْ لَمْ يَتَسَاوَوْا عَدَدُهُمْ، بَلْ يُجْبَرُ الْخَسِيسُ بِالْفَقِيرِ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِنْ كَمَا لَوْ كَانُوا ثَمَانِيَةً أَغْنَى، قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِائَةٌ، فَفِي قَوْلِهِ: يَجِبُ تَجْرِئَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ أَجْزَاءٍ تَقْرُبُ مِنَ الثُّلَاثَةِ فِي الْقِيَمَةِ؛ فَيَجْزَوْنَ إِلَى ثَلَاثَةِ وَثَلَاثَةِ أَثْنَتَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَنْحَصَرَ الْعِنَقُ فِيهِمْ، ثُمَّ يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ رَقٍّ وَسَهْمِي عِنَقٍ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ الرُّقَى، رَقٌّ ثَلَاثَةٌ؛ لِيَرْجِعَ كُلُّ الْعِنَقِ إِلَى قَدْرِ الثُّلَاثِ، وَإِنْ خَرَجَ عَلَى أَثْنَتَيْنِ، عَتَقَا، ثُمَّ يُعَادُ بَيْنَ السُّتَةِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ الْعِنَقُ لِوَاحِدٍ، فَيَرَقُّ ثَلَاثَةٌ، وَيَعْتَقُ ثَلَاثَةٌ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ الثُّلَاثَ لَا يَجِبُ، بَلْ يَجُوزُ الْقُرْعَةُ كَيْفَ اتَّفَقَ، إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى الْمَقْصُودِ.

وَقِيلَ: هَذَا الْخِلَافُ فِي الِاسْتِخْبَابِ دُونَ الِاسْتِحْقَاقِ.

فُرُوعٌ:

(الْأَوَّلُ): إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَقْدَرُ رُبْعَ الثَّرِكَةِ، وَلَا مَالٌ لَهُ إِلَّا عَبِيدٌ قَدْ أَغْتَقَهُمْ، فَيَجْزَأُ الْعَبِيدُ بِأَرْبَعَةِ أَجْزَاءٍ، وَيُفْرَعُ لِلدَّيْنِ وَالثَّرِكَةِ، فَإِذَا خَرَجَ عَلَى جِزَاءِ سَهْمِ الدَّيْنِ، يَبِيعُ أَوَّلًا فِي الدَّيْنِ، وَقَدَّرَ الْبَاقِي، كَأَنَّهُ كُلُّ الْمَالِ، فَيُفْرَعُ لِإِعْتِقِ الثُّلَاثِ مِنْهُمْ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُفْرَعُ دَفْعَةً وَاحِدَةً لِلدَّيْنِ وَالثَّرِكَةِ وَالْعِنَقِ؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَسْبِقُ قُرْعَةُ الْعِنَقِ، وَلَا يُمَكِنُ تَنْفِيذُهُ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ.

وَقِيلَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ ثُمَّ يَتَوَقَّفُ الْعِنَقُ عَلَى الْقَضَاءِ.

وَإِذَا دَفَعْنَا بَعْضَ الْعِنَقِ لِأَجْلِ الدَّيْنِ، فَظَهَرَ لِلْمَيْتِ دَفِينٌ، تَبَيَّنَّا نَقُودَ الْعِنَقِ.

(الثَّانِي): إِذَا أَتَاهُمُ الْعِنَقُ بَيْنَ جَارَيْتَيْنِ، هَلْ يَكُونُ الْوَطْءُ تَغْيِينًا لِلْمَلِكِ فِي الْمَوْطُوءَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي اللَّمَسِ بِالشَّوْهِ وَجْهَانِ مُرْغَبَانِ، وَهُوَ الِاسْتِخْدَامُ لَا يَتَعَيَّنُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و).

(الثَّالِثُ): إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكَتِهِ: أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ، فَهُوَ حُرٌّ، فَوَلَدَتْ مَيْتًا، أَنْحَلَّتِ الْيَمِينُ، وَلَمْ يَتَعَيَّنِ الْحَيُّ بَعْدَهُ.

(الرَّابِعُ): إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكِهِ: أَنْتَ أَتْبَنِي عَتَقَ عَلَيْهِ، وَلِحَقِّهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْبَرَ سِنًا مِنْهُ، فَلَا يَتَعَيَّنُ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، فَفِي الْعِنَقِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ.

(الْحَامِسُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَغْتَقْتُ غَانِمًا، فَسَالِمٌ حُرٌّ، ثُمَّ أَغْتَقَ غَانِمًا، وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ،

عَتَقَ غَانِمًا، وَلَا قُرْعَةً (و)؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُخْرَجُ عَلَى سَالِمٍ، فَيَعْتِقُ بِغَيْرِ وُجُودِ الصَّفَةِ.

(السادس): عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ، قَالَ أَحَدُهُمَا إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَابًا، فَنَصِيبِي حُرٌّ، وَقَالَ الْآخَرُ إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، فَلَا يَعْتِقُ شَيْءٌ لِلشَّكِّ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ ثَالِثٌ، حَكِمَ بِحُرِّيَّةِ نِصْفِهِ فِي يَدِهِ، وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِمَا بِالْثَمَنِ.

(السابع): إِذَا قَالَ لِعَبْدَيْنِ: أَعْتَقْتُ أَحَدَكُمَا عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلَا، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، وَقُلْنَا الْوَارِثُ لَا يَقُومُ مَقَامُهُ فِي التَّعْيِينِ، فَيَفْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، عَتَقَ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ رَقَبَتِهِ؛ لِفَسَادِ الْمُسَمَى بِالْإِبْهَامِ.

وَقِيلَ يَصِحُّ الْمُسَمَى.

(الثامن): جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ زَوَّجَاهَا مِنْ ابْنِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، فَوَلَدَتْ، عَتَقَ نِصْفُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّهُ جَدُّ (م) الْمَوْلُودِ، وَلَا يَسْرِي؛ إِذْ لَا اخْتِيَارَ، وَلَوْ غَرَّ بِجَارِيَةِ أَبِيهِ، فَبَيَّ لَزُومَ قِيمَةِ الْوَلَدِ وَجَهَانِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُعْتَقُ عَلَى الْجَدِّ لَوْ لَا ظَنُّهُ.

(الخاصية الخامسة: الولاء): ، وَالنَّظَرُ فِي سَبَبِهِ وَحُكْمِهِ:

(أَمَّا السَّبَبُ)، فَهُوَ زَوَالُ الْمِلْكِ بِالْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ زَالَ مِلْكُهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَنْ رَقِيقٍ، فَهُوَ مَوْلَاهُ، سَوَاءً نَجَزَ عِتْقَهُ، أَوْ عَتَقَ، أَوْ دَبَّرَ، أَوْ اسْتَوْلَدَ، أَوْ كَاتَبَ، أَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ بِعَوَضٍ، أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ.

وَحَقِيقَةُ الْوَلَاءِ، أَنَّهُ لُحْمَةٌ كُلُّحَمَةِ النَّسَبِ؛ فَإِنَّ الْمُعْتَقَ سَبَبٌ لَوْجُودِ الرَّقِيقِ لِنَفْسِهِ؛ كَمَا أَنَّ الْأَبَ سَبَبٌ؛ وَلِذَلِكَ تَحْرُمُ الصَّدَقَةُ فِي وَجْهِهِ عَلَى مَوَالِي بَنِي هَاشِمٍ.

وَلَوْ أَوْصَى لِبَنِي فَلَانٍ، دَخَلَ مَوَالِيَهُمْ فِي وَجْهِهِ؛ وَلِذَلِكَ لَوْ شَرَطَ نَفْيَ الْوَلَاءِ أَوْ ثُبُوتَهُ لِغَيْرِ الْمُعْتَقِ، لَعَا، وَلَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ بِالْمُؤَالَاةِ وَالْعَهْدِ؛ وَكَذَلِكَ يَسْتَرْسِلُ الْوَلَاءُ عَلَى أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ وَأَخْفَادِهِ وَمَعْتَقِهِ مُعْتَقِ مُعْتَقِهِ، فَالْمَوْلَى إِمَّا الْمُعْتَقُ أَوْ مُعْتَقُ الْأَبِ، أَوْ مُعْتَقُ الْأُمِّ أَوْ مُعْتَقُ الْمُعْتَقِ، وَيَسْتَرْسِلُ الْوَلَاءُ عَلَى أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ مَسَّهُ الرُّقُّ؛ فَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ أَصْلًا، إِلَّا لِمُعْتَقِهِ، أَوْ عَصَبَاتِ مُعْتَقِهِ؛ لِأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ أَقْوَى؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ أَبَوْهُ حُرٌّ أَصْلِيٌّ مَامَسَ الرُّقُّ أَبَاهُ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً أَصْلِيَّةً، ثَبَتَ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ؛ نَظَرًا إِلَى جَانِبِ الْأَبِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّى فِي اثْبَاتِ الْوَلَاءِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّى فِي النَّفْيِ، وَأَمَّا التَّقْدِيمُ، فَلَا وَلَاءَ مَعَ مُبَاشَرَةِ الرُّقِّ لِغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُبَاشِرًا، بَانَ حَصَلُ فِي نِكَاحِ الْغُرُورِ مِنْ رَقِيقَتَيْنِ، أَوْ مِنْ مُعْتَقَتَيْنِ، فَالْوَلَاءُ لِمُعْتَقِ الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ الْأَبُ رَقِيقًا بَعْدَ، فَلِمُعْتَقِ الْأُمِّ إِلَى أَنْ يُعْتَقَ الْأَبُ فَيَنْجَرَّ إِلَيْهِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْأَبُ رَقِيقًا، فَأَعْتَقَ أَبَ الْأَبِ، أَنْجَرَ الْوَلَاءَ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَنْجَرُّ مِنْهُ إِلَى مُعْتَقِ الْأَبِ، إِنْ أَعْتَقَ.

وَقِيلَ: لَا يَنْجَرُّ لِأَنَّ الْأَبَ رَقِيقٌ، فَلَا يَنْجَرُّ إِلَى أَبِيهِ، وَالْمَوْلُودُ مِنْ حُرِّينِ، إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا أَرْقَاءً، ثَبَتَ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ لِمُعْتَقِ أُمِّ الْأُمِّ إِذَا أَعْتَقَهَا، ثُمَّ يَنْجَرُّ إِلَى مُعْتَقِ أَبِي الْأُمِّ، ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتَقِ أُمِّ الْأَبِ، ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتَقِ أَبِي الْأَبِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ رَقِيقًا، فَيَنْجَرُّ إِلَى مُعْتَقِ الْأَبِ،

وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَمَنْ أَعْتَقَ أُمَّةً حَامِلًا مِنْ مُعْتِقٍ، فَلَوَاءَ الْحَيْنِ لَهُ؛ لَأَنَّهُ مُبَاشِرٌ، لَا لِمُعْتِقِ الْأَبِ، لَكِنَّ ذَلِكَ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ إِعْتَاكِ الْأُمِّ، فَإِنْ كَانَ لَأَكْثَرَ، وَالزَّوْجُ يَفْتَرِشُهَا، فَالْوَلَاءُ لِمَوْلَى الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَفْتَرِشُهَا، وَهُوَ لَاقِلٌ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَقَوْلَانِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْحُكْمِ) وَحُكْمُ الْوَلَاءِ الْعُصْبَةِ، فَيُعَيِّدُ الْمِيرَاثَ، وَوَلَايَةَ التَّزْوِيجِ، وَتَحْمِلَ الْعَقْلِ، وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ، فَإِنْ مَاتَ، فَمِيرَاثُ الْعَتِيقِ لأُولَى عَصَبَاتِهِ يَوْمَ مَوْتِ الْمُعْتِقِ، وَلَوْ خَلَفَ ابْنًا وَبَنَاتًا وَأَبًا وَأُمًّا، فَلَا مِيرَاثَ لِلْبَنَاتِ وَالْأُمِّ، بَلْ لَا يَنْبُثُ الْوَلَاءُ أَصْلًا لَامْرَأَةٍ، إِلَّا إِذَا بَاشَرَتْ الْعَتِيقَ، فَلَهَا الْوَلَاءُ عَلَيْهِ، وَعَلَى أَخْفَادِهِ وَعَتِيقِهِ وَعَتِيقِ عَتِيقِهِ؛ كَالرَّجُلِ، وَالْأَخُ لَا يَقَاسِمُ الْجَدَّ فِي الْوَلَاءِ؛ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ^(١) بَلْ هُوَ أُولَى، وَابْنُ الْأَخِ أَيْضًا أُولَى مِنَ الْجَدِّ؛ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ؛ لِقُوَّةِ الْبُنُوَّةِ وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَخِ لِلأَبِ؛ فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ^(٢)، وَلَا يُعَادُ بِالْأَخِ لِلأَبِ، إِنْ رَأَيْنَا الْمُقَاسِمَةَ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ، وَإِذَا اجْتَمَعَ أَبُ الْمُعْتِقِ وَمُعْتِقُ الْأَبِ، فَلَا وَلَاءَ لِمُعْتِقِ الْأَبِ أَصْلًا؛ لِأَنَّ عَلَى الْمَيِّتِ وَلَاءَ الْمُبَاشَرَةِ، فَالْمَالُ لِعَصْبَةِ مُعْتِقِهِ، وَهُوَ الْأَبُ، وَكَذَلِكَ قَدْ يُطْلَقُ أَنَّ مُعْتِقَ أَبِ الْمُعْتِقِ أُولَى مِنْ مُعْتِقِ مُعْتِقِ الْمُعْتِقِ، وَهُوَ غَلَطٌ.

(فُرُوعُ):

(الْأَوَّلُ): إِذَا اشْتَرَى أَحَدٌ وَأَخَذَ أَبَاهُمَا، فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ أَعْتَقَ الْأَبَ عَبْدًا، وَلَمْ يُخَلِّفِ الْعَتِيقَ إِلَّا الْأَخَ وَالْأُخْتَ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلْأَخِ؛ لَأَنَّهُ عَصَبَةُ الْمُعْتِقِ، وَلَا شَيْءَ لِلْأُخْتِ الَّتِي هِيَ مُعْتَقَةُ الْمُعْتِقِ، بَلْ لَوْ خَلَفَ ابْنٌ عَمَّ الْمُعْتِقِ، وَالبِنْتُ، لَكَانَ ابْنُ الْعَمِّ أُولَى، وَلَوْ مَاتَ هَذَا الْأَخُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلَّا أُخْتَهُ، فَلَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مِيرَاثِهِ؛ النِّصْفُ بِالْأُخْوَةِ، وَنِصْفُ الْبَاقِي لَوَلَايَتِهَا عَلَى نِصْفِ أَبِيهِ؛ لِأَنَّ أَخَاهَا وَلَدٌ مُعْتِقُهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ الْأَبُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلَّا الْبِنْتَ، فَلَهَا النِّصْفُ بِالْبُنُوَّةِ، وَنِصْفُ الْبَاقِي لَوَلَايَتِهَا، عَلَى نِصْفِ الْأَبِ.

(الثَّانِي): أُخْتَانِ خُلِقَتَا حُرَّتَيْنِ، اشْتَرَتْ إِحْدَاهُمَا أَبَاهُمَا، وَالْأُخْرَى أُمَّهُمَا، فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مَوْلَاةٌ صَاحِبَتِهَا؛ لِأَنَّ وَلَاءَ الْأُمِّ لَمْ يُمَكِّنْ أَنْجِرَاؤُهُ إِلَى مُشْتَرِيَةِ الْأَبِ؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مَوْلَى نَفْسِهِ. وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْجَرُ وَيَسْقُطُ، فَلَا وَلَاءَ عَلَى مُشْتَرِيَةِ الْأَبِ لِمُشْتَرِيَةِ الْأُمِّ.

(الثَّالِثُ): اشْتَرَتْ أُخْتَانِ أُمَّهُمَا، ثُمَّ شَارَكَتِ الْأُمُّ أَجْنَبِيًّا فِي شِرَاءِ أَبِيهِمَا، فَإِذَا مَاتَتْ إِخْدَى الْأُخْتَيْنِ، وَلَمْ تُخَلِّفْ إِلَّا الْأُخْتَ الْأُخْرَى، فَالنِّصْفُ لَهَا بِالْأُخْوَةِ، وَالبَاقِي لِلْأَجْنَبِيِّ وَالْأُمِّ؛ فَإِنَّهُمَا مُعْتَقَاتُ أَبِيهِمَا لَكِنَّ الْأُمَّ مَيِّتَةٌ، فَيَرْجِعُ نَصِيبُهَا إِلَى الْأُخْتَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا أَعْتَقَتَاهَا، لَكِنَّ إِحْدَاهُمَا مَيِّتَةٌ، وَحَصَلَ لَهَا الثُّمْنُ، فَيَرْجِعُ إِلَى الْأَجْنَبِيِّ وَأُمِّهَا، وَمِنَ الْأُمِّ إِلَى الْمَيِّتَةِ وَالْحَيَّةِ، وَيَدُورُ وَلَا يَنْقَطِعُ، فَالصَّوَابُ (و) أَنَّ يُقَسَّمُ الْمَالُ مِنْ سِتَّةٍ، فَيَكُونُ لَهَا النِّصْفُ بِالْأُخْوَةِ، وَالبَاقِي ثَلَاثَةً، يُقَسَّمُ عَلَيْهَا

(١) قال الرافعي: «والأخ لا يقاسم الجد في الولاء في أحد القولين» المسألة المذكورة في الفرائض [ت].

(٢) قال الرافعي: «والأخ من الأب والأم مقدم على الأخ من الأب في أصح القولين» هي المذكورة في الفرائض أيضاً، والمعاد في الصورتين يشتمل على زيادات [ت].

وَعَلَى الْأَجْنَبِيِّ أَثْلَانَا؛ لِلْأَجْنَبِيِّ سَهْمَانِ، وَلَهَا سَهْمٌ؛ فَتَحْصُلُ هِيَ عَلَى أَرْبَعَةٍ؛ لِأَنَّ الثُّمْنَ الدَّائِرَ كُلَّمَا رَجَعَ إِلَى الْمَيْتَةِ، يَحْصُلُ لِلْأَجْنَبِيِّ ضِعْفُ مَا حَصَلَ لِلْأُخْتِ.

(كِتَابُ التَّذْيِيرِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِهِ وَأَحْكَامِهِ: (أَمَّا الْأَرْكَانُ)، فَهُوَ اللَّفْظُ، وَالْأَهْلُ:

(أَمَّا اللَّفْظُ) فَصَرِيحُهُ قَوْلُهُ: دَبَّرْتُكَ، وَأَنْتَ مُدَبِّرٌ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي.

وَقِيلَ: إِنَّ لَفْظَ التَّذْيِيرِ كِنَايَةً، وَالتَّذْيِيرُ الْمُقَيَّدُ كَالْمُطْلَقِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ قُتِلْتُ، أَوْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي يَوْمَ فَيَعْتِقُ بَعْدَ مَوْتِهِ يَوْمَ، وَلَا يَخْتِاجُ (ح) إِلَى الْإِنْشَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ، فَلَا يَصِيرُ مُدَبِّرًا، مَا لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ، وَلَوْ قَالَ شَرِيكَانِ: إِذَا مِتْنَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَلَا يَعْتِقُ مِنْهُ شَيْءٌ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا؛ حَتَّى يَمُوتَ الْآخَرُ، لَكِنْ لَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ حَتَّى يَمُوتَ الشَّرِيكُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي، فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَإِنَّهُ لَا يَبِيعُهُ (و) قَبْلَ الدَّخُولِ، فَلَيْسَ لِلْوَارِثِ إِبْطَالُ تَغْلِيْقِ الْمَيْتِ؛ كَمَا لَيْسَ لَهُ إِبْطَالُ عَارِئَتِهِ الْمُضَافَةِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ مُدَبِّرٌ، إِنْ شِئْتَ، صَارَ مُدَبِّرًا، إِنْ شَاءَ؛ عَلَى الْفَوْرِ (و)، وَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتَ، لَمْ يُشْتَرَطِ الْفَوْرُ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الْمَشِيئَةِ فِي الْحَيَاةِ؛ إِلَّا إِذَا قَالَ: إِنْ شِئْتَ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَلَا يُشْتَرَطُ (و) الْفَوْرُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ مِتُّ، فَأَنْتَ حُرٌّ، إِنْ شِئْتَ، فَيَكْفِي مَشِيئَتُهُ فِي الْحَيَاةِ؛ فِي وَجْهِ.

وَيَكْفِي الْمَشِيئَةُ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ فِي وَجْهِ.

وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا؛ فِي وَجْهِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ رَأَيْتَ الْعَيْنَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، عَتَقَ بِكُلِّ (و) مَا يُسَمَّى عَيْنًا.

(الرُّؤْيُ الثَّانِي: الْأَهْلُ)، وَلَا يَصِحُّ التَّذْيِيرُ مِنَ الْمَجْنُونِ وَغَيْرِ الْمُمَيِّزِ، وَمِنَ الْمُمَيِّزِ قَوْلَانِ، وَمِنْ السَّوْغِيَةِ يَنْقُذُ.

وَقِيلَ قَوْلَانِ.

وَمِنَ الْمُزْتَدِّ: يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ.

وَإِنْ دَبَّرَ، ثُمَّ أَرْتَدَّ، لَمْ يَبْطُلْ.

وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ.

وَلِذَا بَطَلَ، فَإِنْ أَسْلَمَ، عَادَ.

وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى عَوْدِ الْحِنْثِ.

فَإِذَا مَاتَ مُزْتَدًّا، وَقُلْنَا: يَصِحُّ تَذْيِيرُهُ، نَقَذَ (و) مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِنْ كَانَ الْمَالُ لِلْفَيْءِ، وَالْكَافِرُ الْأَصْلِيُّ يَصِحُّ تَذْيِيرُهُ، وَلَكِنْ لَوْ أَسْلَمَ مُدَبِّرُهُ، يُبَاعُ عَلَيْهِ؛ فِي قَوْلِي.

وَفِي قَوْلٍ: يُسْتَكْسَبُ لَهُ؛ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ.

وَالْمُكَاتَبُ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ.

وَقِيلَ: كَالْمُدَبِّرَةِ.

وَإِذَا دَبَّرَ نَصِيْبَهُ مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ، لَمْ يَسِرْ إِلَى الْبَاقِي.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِ)، وَلَهُ حُكْمَانِ:

(الْأَوَّلُ: أَرْتِفَاعُهُ)، وَيَرْتَفِعُ التَّدْبِيرُ بِخَمْسَةِ أُمُورٍ:

(الْأَوَّلُ: إِزَالَةُ الْمِلْكِ)، وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ (ح م و) الْمُدَبِّرُ، فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ، فَهَلْ يَعُودُ التَّدْبِيرُ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و) (١).

(الثَّانِي): أَنَّ لَهُ صَرِيحَ الرُّجُوعِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَغْلِيْقٌ، فَلَا، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقُوهُ عَنِّي، فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ، فَدَخَلْتَ الدَّارَ، أَوْ شِئْتَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَهُوَ تَغْلِيْقٌ، وَلَا رُجُوعَ عَنْهُ بِالصَّرِيحِ، وَلَا يَنْقَطِعُ (و) التَّدْبِيرُ بِالْإِسْتِيلَادِ؛ لِأَنَّهُ يُوَافِقُهُ (٢) بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ.

وَقَوْلُهُ: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ» رُجُوعٌ عَنِ التَّدْبِيرِ الْمُطْلَقِ (٣).

(الثَّالِثُ): إِنْكَارُ السَّيِّدِ رُجُوعٌ.

وَقِيلَ: لَيْسَ بِرُجُوعٍ، بَلْ يُحْلَفُ (٤).

وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي إِنْكَارِ الْوَصِيَّةِ وَالْوَكَالَةِ، هَلْ هُوَ رُجُوعٌ؟ وَإِنْكَارُ الْبَيْعِ الْجَائِزِ لَيْسَ بِفَسْخٍ، ثُمَّ إِنَّ إِنْكَارَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لَيْسَ بِرَجْعَةٍ.

(الرَّابِعُ): مُجَاوَزَةُ الثَّلَاثِ، فَإِذَا دَبَّرَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ بِمَوْتِهِ ثُلُثَهُ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ فِي الصَّحَّةِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ، لَمْ يَتَنَجَّزْ، عَتَقَ ثُلُثَهُ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ حَتَّى لَا يَتَسَلَّطَ الْعَبْدُ عَلَى شَيْءٍ قَبْلَ تَسَلُّطِ الْوَرِثَةِ عَلَى مِثْلِيهِ؛ وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي الْوَصِيَّةِ.

(الخَامِسُ): إِذَا جَنَى الْمُدَبِّرُ، بَاعَ (ح)، فَإِنْ فَدَاهُ السَّيِّدُ، بَقِيَ التَّدْبِيرُ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ،

(١) قال الراعي: «فإن عاد الملك فهل يعود التدبير؟ فيه خلاف» قولان. [ت]

(٢) قال الراعي: «ولا ينقطع التدبير بالاستيلاء؛ لأنه يوافقه» هذا وجه والذي أورده أكثر الأصحاب أنه ينقطع؛ لأن الاستيلاء أقوى فيرتفع به الأضعف. [ت]

(٣) قال الراعي: «ولو قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت مدبر فهو رجوع عن التدبير المطلق» هذا وجه. والأرجح خلافه. [ت]

(٤) قال الراعي: «إنكار السيد رجوع، وقيل: ليس برجوع، بل يحلف» السياق يشعر بترجيح الأول، والأظهر عند أكثرين الثاني، والثالث أنه يستقل حتى يعامل السيد الأقوى ما ذكر في «التهذيب» أنه لا يجوز معاملته مع السيد، وأنه لا ينفذ تصرفه مما في يده كما في المعلق عتقه بصفحة. [ت]

فَلِلْوَرَّةِ أَلَّا يَفْدُوهُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ وَفَى الثُّلُثُ بِالْفِدَاءِ وَالْعِتْقِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ (و) الْفِدَاءُ.

(الْحُكْمُ الثَّانِي: السَّرَايَةُ)، وَهَلْ يَسْرِي التَّذْيِيرُ إِلَى وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ مِنْ زِنَا أَوْ نِكَاحٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ. وَتَغْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالذُّخُولِ، هَلْ يَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ؟ فِيهِ أَيْضاً قَوْلَانِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الْوَلَدَ يَغْتَقُ بِدُخُولِ الْأُمِّ.

وَقِيلَ: بِدُخُولِ نَفْسِهِ (م).

ثُمَّ إِذَا سَرَى التَّذْيِيرُ، صَارَ كَمَا لَوْ دَبَّرَهُمَا، وَلَا يَكُونُ الرُّجُوعُ عَنْ أَحَدِهِمَا رُجُوعاً عَنِ الْآخَرِ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا، إِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ.

أَمَّا وَلَدُ الْمُدَبَّرِ، فَيَتَّبِعُ الْأُمَّ دُونَ الْأَبِ، فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ وَالْمُدَبَّرَةُ حَامِلٌ، عَتَقَ مَعَهَا حَمْلُهَا، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ التَّذْيِيرِ، فَفِي السَّرَايَةِ إِلَى الْجَنِينِ وَجْهَانِ، فَلَوْ تَنَازَعَا، وَقَالَتْ: وَلَدْتُ بَعْدَ التَّذْيِيرِ، فَيَتَّبِعُنِي، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الْوَارِثُ وَالْمُدَبَّرُ فِي مَالٍ فِي يَدِهِ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ أَكْتَسَبَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَجْلِ الْيَدِ، وَلَوْ قَالَتْ: وَلَدْتُ الْوَلَدَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَهُوَ حُرٌّ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ؛ إِذْ لَا يَدَ عَلَى الْوَلَدِ.

(كِتَابُ الْكِتَابَةِ)

وَهِيَ عَقْدٌ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، وَلَكِنْ يُسْتَحَبُّ إِنْ أَلْتَمَسَ الْعَبْدُ، وَكَانَ أَمِينًا قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَمِينًا، لَمْ يُسْتَحَبَّ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْكَسْبِ، فَفِي الْأَسْتِحْبَابِ وَجْهَانِ.
وَلَهَا أَرْكَانٌ وَأَحْكَامٌ:

(النَّظَرُ الْأَوَّلُ: فِي أَرْكَانِهَا)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ: الصِّيغَةُ)، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: كَاتِبْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فِي نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا، إِنْ أَدَيْتَهُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنْ لَمْ يُصْرَخْ بِالتَّغْلِيْقِ وَنَوَى، كَفَى، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ لَفْظِ الْكِتَابَةِ، دُونَ صَرِيحِ التَّغْلِيْقِ، أَوْ نِيَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ، فَقِيلَ، عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَالْأَلْفُ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَأَعْطَى مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ؛ إِذْ لَا مَالَ لَهُ، هَلْ يَغْتَقُ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَغْتَقُ، فَهَلْ يُرْجَعُ إِلَى قِيَمَةِ الرُّقْبَةِ وَيَتَّبَعُهُ الْكَسْبُ؛ كَمَا فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ أَوْ هُوَ تَغْلِيْقٌ مَخْضُوفٌ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ بَاعَ الْعَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَهُ الْوَلَاءُ^(١).

وَقِيلَ: لَا وَلَاَاءَ لَهُ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَى نَفْسِهِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْعَوَضُ): وَشُرُوطُهُ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ): أَنْ يَكُونَ دِينًا؛ إِذْ لَوْ كَانَ عَيْنًا، لَكَانَ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ، إِذْ لَا مِلْكَ لَهُ.

(الثَّانِي): الْأَجَلُ، فَلَا تَصِحُّ الْكِتَابَةُ الْحَالَةُ؛ لِأَنَّهُ يَعْجِزُ عَقِيبَ الْعَقْدِ؛ إِذْ لَا بُدَّ مِنْ لَخْطِهِ فِي الْاِكْتِسَابِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ يَضْفُهُ حُرًّا، فَيَصِحَّ كِتَابَتُهُ بِغَيْرِ أَجَلٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ بَاعَ مِنَ الْمُفْلِسِ بِغَيْرِ أَجَلٍ بَشْمَنٍ يَزِيدُ عَلَى قِيَمَةِ الْمَثَلِ، فَيَعْجِزُ عَنْهُ، وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ صِحَّتُهُ.
وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يُنْجَمَ نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا؛ أَتْبَاعًا لِلسَّلَفِ، وَيَجُوزُ لَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ بَعْدَ الْعَقْدِ يَوْمًا؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تُسْتَحَقُّ عَقِيبَ الْعَقْدِ، وَإِنَّمَا التَّأَخُّرُ بِالتَّوْفِيقِ، وَلَا يَصُرُّ الْحُلُولُ فِيهِ؛ لِاتِّصَالِ الْقُدْرَةِ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرَيْنِ؛ لِيَكُونَ كُلُّ شَهْرٍ نَجْمًا، لَمْ يَجْزِ، لِأَنَّ الْكُلَّ مُسْتَحَقٌّ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَضَافَ اسْتِحْقَاقُ الشَّهْرِ الثَّانِي إِلَى الشَّهْرِ الثَّانِي، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ شَهْرًا، عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ، فَإِنْ تَعَدَّرَ، فَارْجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الْمَنْفَعَةِ أَوْ قِيَمَةِ الرُّقْبَةِ، فَعَلَى قَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي بَدَلِ الْخُلْعِ.

(الرَّابِعُ): إِعْلَامُ الْقَدْرِ وَالْأَجَلِ وَالتَّجْمِ وَتَمْيِيزِ مَحَلِّ كُلِّ نَجْمٍ. فَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مِائَةٍ يُؤَدِّيَهَا فِي

(١) قال الرافعي: «ولو باع العبد من نفسه صح، وله الولاء» هذا مذكور في «فضل الولاء» لكن لم يذكر الخلاف هناك. [ت]

عَشْرَ سِنِينَ، لَمْ يَعْزُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ مَحَلُّ كُلِّ نَجْمٍ.

وَلَوْ شَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا فَسَدَ، وَلَوْ كَاتَبَهُ وَبَاعَهُ شَيْئًا عَلَى عَوَضٍ وَاحِدٍ دَفْعَةً وَاحِدَةً، فَسَدَ الْبَيْعُ، وَفِي الْكِتَابَةِ قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

وَلَوْ كَاتَبَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدَ عَلَى أَلْفٍ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَالْنَّصُّ الصَّحَّةُ، وَفِي شِرَاءِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدَ مِنْ ثَلَاثَةِ مَلَأَكٍ، فَالْنَّصُّ الْفَسَادُ، وَفِي خُلْعِ نِسْوَةٍ وَنِكَاحِهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ، نَصٌّ عَلَى قَوْلَيْنِ؛ فَقِيلَ: فِي الْكُلِّ قَوْلَانِ؛ لِكُونَ الْعَوَضُ مَعْلُومَ الْجُمْلَةِ غَيْرَ مَعْلُومِ التَّفْصِيلِ^(١).

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: السَّيِّدُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفًا (ح) أَهْلًا لِلتَّبَعِ؛ فَلَا يَصِحُّ (ح م) كِتَابَةُ قِيمِ الطِّفْلِ، وَلَا كِتَابَةُ الْمَرِيضِ، إِذَا لَمْ يَفِ بِهِ الثَّلَاثُ^(٢)، وَلَوْ كَاتَبَ فِي الصَّحَّةِ، وَوَضَعَ النُّجُومَ فِي الْمَرَضِ، اغْتَبَزْنَا خُرُوجَ الْأَقْلِ مِنَ الثَّلَاثِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرِّقَبَةِ أَقْلًا، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ، لَوْ عَجَزَ نَفْسُهُ، وَإِنْ كَانَتْ النُّجُومُ أَقْلًا، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ؛ وَكَذَا لَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِهِ، أَوْ وَضَعَ النُّجُومَ عَنْهُ وَلَوْ أَقَرَّ فِي الْمَرَضِ بِقَبْضِ نُجُومِ كِتَابَتِهِ فِي الصَّحَّةِ، قَبْلَ، وَأَمَّا الْمُزْتَدُّ، فَيَبْنِي كِتَابَتَهُ عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ.

وَالْكَافِرُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ قَدْ أَسْلَمَ وَخَوِطَبَ بَيْنِعِهِ، وَكَاتَبَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَاتَبَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْعَبْدُ، فَفِي الْأَنْقِطَاعِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ^(٣)، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَدُومَ الْكِتَابَةُ.

وَالْحَزْبِيُّ تَصِحُّ (ح م) كِتَابَتُهُ، وَلَكِنْ لَوْ فَهَرَهُ السَّيِّدُ، عَادَ مِلْكُهُ قَبْلَ الْعِتْقِ وَبَعْدَهُ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْمَكَاتِبُ)، وَلَهُ شَرْطَانِ:

(الْأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفًا، فَلَا يَصِحُّ كِتَابَةُ الصَّغِيرِ، وَإِنْ كَانَ مُمَيَّزًا.

(الثَّانِي) أَنْ يَكَاتِبَ كُلَّهُ، وَلَوْ كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَالْمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ لَا يَصِحُّ (ح)، وَلَوْ كَاتَبَ مَنْ نِصْفَهُ حُرًّا، جَازَ؛ لِحُصُولِ الْأَسْتِقْلَالِ، وَلَوْ كَاتَبَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، فَالْمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَاتَبَ بِالْإِذْنِ، فَقَوْلَانِ، وَالْأَظْهَرُ (و) أَنَّهُ لَا يُصْرَفُ الصَّدَقَةُ إِلَى مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مَالٍ وَاحِدٍ، جَازَ وَأَنْقَسَمَتِ النُّجُومُ عَلَى قَدَرِ مِلْكَيْهِمَا، فَإِنْ شَرَطَا تَفَاوُتًا فِي الْقِسْمَةِ، فَقَدْ أَنْفَرَدَتْ كُلُّ صَفَقَةٍ، وَهِيَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ، فَيُخْرَجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ:

(فَزَعْ):

(١) قال الرافعي: «ولو كاتب ثلاثة أعبد على ألف في صفقة واحدة إلى قوله... غير معلوم التفصيل» الصور مكررة قد ذكرها مرة في الصداق. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث» أي كتابة الجميع وهذا قد ذكره في «الوصايا» حيث قال: «والكتابة محسوبة من الثلث». [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو كاتب ثم أسلم العبد ففي الانقطاع وجهان مرتبان» الصورة مكررة قد ذكرها في البيع حيث قال: «والمكاتب كالمستولدة، وقيل: كالمديرة». [ت]

لَوْ كَاتَبَهُ، ثُمَّ عَجَزَ أَحَدُهُمَا، وَأَرَادَ الثَّانِي إِنْقَاءَ الْكِتَابَةِ فِي نَصِيهِهِ بِالْإِنْظَارِ، فَقَوْلَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ لِقُوَّةِ الدَّوَامِ، وَلَوْ كَاتَبَ وَاحِدٌ عَبْدًا، ثُمَّ خَلَفَ ابْنَيْنِ، وَعَجَزَهُ أَحَدُهُمَا، وَأَنْظَرَهُ الْآخَرُ، فَهَذَا أَوَّلَى بِالْمَنْعِ.

هَذَا بَيَانٌ مَا يَصِحُّ مِنَ الْكِتَابَةِ، وَمَا لَا يَصِحُّ، فَيَنْقَسِمُ إِلَى بَاطِلٍ، وَفَاسِدٍ.

(فَالْبَاطِلُ): هُوَ الَّذِي اخْتَلَّ بَعْضُ أَرْكَانِهِ؛ بِأَنْ صَدَرَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِ مُكَلَّفٍ، أَوْ غَيْرِ مَالِكٍ، أَوْ مُكْرَهٍ، أَوْ عَدِمَ قَضْدُ مَالِيَّةِ الْعَوْضِ؛ كَمَا لَوْ كَانَتْ عَلَى دَمٍ، أَوْ حَشَرَاتٍ، أَوْ اخْتَلَّتِ الصَّيْغَةُ؛ بِأَنْ فَقِدَ لَفْظُ الْعَقْدِ، ثُمَّ الْفَاسِدُ يُسَاوِي الصَّحِيحَ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَخْصُلُ الْعِتْقُ بِالْأَدَاءِ، لَكِنْ بِحُكْمِ التَّغْلِيْقِ؛ فَلَا يَخْصُلُ (و) بِالْإِبْرَاءِ وَالْأَغْتِيَاظِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَسْتَقْبَلُ بِالْكَسْبِ، وَيَسْتَتْبِعُ عِنْدَ الْعِتْقِ مَا فَضَلَ مِنْ كَسْبِهِ؛ وَكَذَا وَلَدُهُ مِنْ جَارِيَتِهِ.

أَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ، فَفِي سِرَايَةِ الْفَاسِدَةِ إِلَيْهِ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّغْلِيْقِ.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يَسْتَقْبَلُ حَتَّى يُعَامِلَ السَّيِّدَ، وَتَسْقُطَ عَنْهُ نَفَقَتُهُ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يُسَافِرُ (ح)، وَفِي صَرْفِ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ وَجْهَانِ، وَيُقَارَفُهُ فِي أَمْرَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا) أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ مَا عَلَّقَ بِهِ الْأَدَاءَ، رَدَّهُ وَرَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الرِّقْبَةِ؛ لِفَسَادِ الْعَوْضِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهَا لَا تَلْزَمُ مِنْ جَانِبِ السَّيِّدِ؛ فَلَهُ فَسْحُهَا (و)، وَمَهْمَا فَسَخَ أَوْ قَضَى الْقَاضِي بِرَدِّهَا، لَمْ يَغْنَقْ بِحُكْمِ التَّغْلِيْقِ، وَإِنْ أَذَى؛ لِأَنَّهُ كَانَ تَغْلِيْقًا فِي ضِمْنِ مُعَاوَضَةٍ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ، صَحَّ، وَبَرِثَتْ ذِمَّتُهُ، وَكَانَ فَاسِخًا لِلْكِتَابَةِ؛ حَتَّى لَا يَتَّبِعُهُ الْكَسْبُ؛ بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ (ح م) الْإِجْرَاءَ عَنِ الْكَفَّارَةِ.

وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ فَادَّى إِلَى الْوَارِثِ، لَمْ يَغْنَقْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ الْقَائِلَ لَهُ: إِذَا أَذَيْتِ، فَأَنْتِ حُرٌّ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهَا)، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الْأَوَّلُ: مَا يَخْصُلُ بِهِ الْعِتْقُ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ سِتَّةٌ

(الْأَوَّلَى): أَنَّهُ يَخْصُلُ فِي الصَّحِيحَةِ بِأَدَاءِ الثُّجُومِ، وَبِالْإِبْرَاءِ، وَبِالْأَغْتِيَاظِ، وَلَا يَخْصُلُ بِجُزْءٍ مِنَ الثُّجُومِ جُزْءٌ مِنَ الْحُرِّيَّةِ؛ حَتَّى يُؤَدِّي الْكُلَّ، وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ دَفْعَةً، عَتَقَ (ح م و) أَحَدَهُمَا بِأَدَاءِ نَصِيهِهِ قَبْلَ آدَاءِ الثَّانِي، وَلَوْ كَاتَبَا عَبْدًا، لَمْ يَغْنَقْ نَصِيْبُ أَحَدِهِمَا مَا لَمْ يُؤَدَّ جَمِيعَ الثُّجُومِ إِلَيْهِمَا، إِلَّا أَنْ يُكَاتِبَ وَاحِدٌ، وَيُخْلَفَ ابْنَيْنِ، فَيَغْنَقَ (و) نَصِيْبُ أَحَدِ ابْنَيْنِ؛ بِأَدَاءِ نَصِيهِهِ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا جُنَّ السَّيِّدُ، وَقَبِضَ الثُّجُومَ، لَمْ يَغْنَقْ، حَتَّى يُسَلَّمَ إِلَى الْقِيَمِ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ السَّيِّدِ، فَلَا ضَمَانَ لِلتَّقْصِيرِ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَلَوْ جُنَّ الْعَبْدُ، فَقَبِضَ مِنْهُ السَّيِّدُ، عَتَقَ (و)؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ.

(أَمَّا الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ)، فَتَنْفَسُخُ بِجُنُونِهِمَا؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِعَجَازِهَا.

وَلَا تَنْفَسُخُ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ مَصِيرَهَا إِلَى اللُّزُومِ.

وَتَنْفَسُخُ؛ عَلَى وَجْهِ؛ بِجُنُونِ الْمَالِكِ، دُونَ جُنُونِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَةَ أَيْضاً جَائِزَةٌ فِي حَقِّ الْعَبْدِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْدًا، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ، عَتَقَ وَسَرَى فِي الْحَالِ؛ عَلَى قَوْلِ.

وَفِي قَوْلِ آخَرَ: لَا يَسْرِي إِلَّا أَنْ يَرِقَّ النَّصِيبُ الثَّانِي بِالْعَجْزِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي فِي الْحَالِ، فَتَنْفَسُخُ الْكِتَابَةُ فِي مَحَلِّ السَّرَايَةِ، وَيَنْتَقِلُ مَكَاتِبًا، وَيُعْتَقُ؛ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلشَّرِيكِ، لَا لِمَنْ سَرَى عَلَيْهِ، فِيهِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: إِنْ كَوْنُهُ مَكَاتِبًا يَمْنَعُ السَّرَايَةَ، ثُمَّ إِبْرَاءُ أَحَدِهِمَا يَجْرِي مَجْرَى إِعْتَاقِهِ فِي السَّرَايَةِ؛ وَكَذَا قَبْضُ نَصِيبِ نَفْسِهِ بِرِضَا صَاحِبِهِ، إِنْ قَضَيْنَا بِأَنَّهُ يُوجِبُ الْعِتْقَ، فَيَسْرِي، وَلَا نَقُولُ: هُوَ مُجَبَّرٌ عَلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ أَصْلَ الْعَقْدِ، نَعَمْ أَحَدُ الْاِبْتَيْنِ، إِذَا قَبَضَ نَصِيْبَهُ، عَتَقَ، (و) وَلَمْ يَسِرْ (و)؛ لِأَنَّهُ مَفْهُورٌ فِي الْقَبْضِ، وَلَمْ يَضُدِّرِ الْعَقْدُ مِنْهُ.

(فَرَعَ): لَوْ أَدْعَى الْعَبْدُ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ؛ أَنَّهُ وَقَاهُمَا بِالْجُومِ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُصَدِّقِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي السَّرَايَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّضَدِيقِ.

(الرَّابِعَةُ): أَحَدُ الْاِبْتَيْنِ الْوَارِثَيْنِ، إِذَا أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ، نَفَذَ، وَيَسْرِي؛ عَلَى قَوْلِ؛ إِمَّا فِي الْحَالِ؛ وَإِمَّا عِنْدَ الْعَجْزِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَسْرِي، وَرَقَّ النَّصِيبُ الْآخَرُ، فَهَلْ يُتَبَيَّنُ أَنْفَسَاخُ الْكِتَابَةِ فِي النَّصْفِ الَّذِي أَعْتَقَ؛ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ خَاصَّةً، أَوْ نَقُولُ: لَمْ تَنْفَسُخْ، وَالْوَلَاءُ فِي ذَلِكَ النَّصْفِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فَرَعَ): لَوْ خَلَفَ ابْنَيْنِ وَعَبْدًا، فَأَدْعَى الْعَبْدُ كِتَابَةَ الْمُورِثَ لَهُ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ، وَخَلَفَ، فَتَنْصِيبُ الْمُصَدِّقِ مَكَاتِبَ (و)، فَإِنْ أَعْتَقَهُ سَرَى إِلَى الْبَاقِي، وَلَمْ يُخْرَجْ عَلَى الْخِلَافِ؛ لِأَنَّهُ رَقِيقٌ بِقَوْلِ الشَّرِيكِ، وَإِنْ أَبْرَأَ، لَمْ يَسِرْ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ يَقُولُ: إِبْرَاؤُهُ لَاحٍ؛ إِذْ لَا كِتَابَةَ، فَإِنْ عَتَقَ بِأَدَاءِ الْجُومِ، لَمْ يَسِرْ؛ لِأَنَّهُ مَفْهُورٌ عَلَى الْقَبُولِ.

(الْخَامِسَةُ): إِذَا قَبَضَ الْجُومَ، فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَلَهُ رُدُّهَا، وَرَدُّ الْعِتْقِ؛ إِذْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَخْصُلْ، أَوْ حَصَلَ خُصُولًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ بِحَسَبِ الْعَوْضِ، وَإِنْ رَضِيَ، اسْتَمَرَ الْعِتْقُ، وَلَكِنْ مِنْ جِوْنِ الرِّضَا، أَوْ مِنْ جِوْنِ الْقَبْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَطْلَعَ عَلَى التَّقْصَانِ بَعْدَ تَلَفِ الْجُومِ، جَازَ لَهُ رَدُّ الْعِتْقِ إِلَى أَنْ يُسَلَّمَ الْأَرْضَ، فَإِنْ عَجَزَ، كَانَ لَهُ الْإِرْقَاقُ وَالْفَسْخُ، كَالْعَجْزِ بِعِضْرِ الْجُومِ.

(السَّادِسَةُ): إِذَا خَرَجَتِ الْجُومُ مُسْتَحَقَّةً، تَبَيَّنَ أَنَّ لَا عِتْقَ، فَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ عِنْدَ الْقَبْضِ: أَذْهَبَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ عَتَقْتَ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يُؤَاخَذُ بِهِ؛ كَمَا لِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِالْثَمَنِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ أَدْعَى الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ كَانَ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ، وَيَلْزَمُ

عَلَى هَذَا أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِالطَّلَاقِ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ أَطْلَقْتُ لَفْظَةً ظَنَنْتُهَا طَلَاقًا، ثُمَّ رَاجَعْتُ الْمُفْتَى، فَأَخْبَرَنِي بِأَنَّهُ لَا يَنْفَعُهُ؛ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَقَدْ قِيلَ بِهِ؛ وَكَذَا فِي الْعَتَقِ.

(الحُكْمُ الثَّانِي): حُكْمُ الْأَدَاءِ، وَفِيهِ سَبْعُ مَسَائِلَ:

(الأولى): أَنَّهُ يَجِبُ (ح م) الْإِيْتَاءُ بِحِطٍّ شَيْءٍ مِنَ الثُّجُومِ، أَوْ بِذَلِ شَيْءٍ، وَلَا يَجِبُ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، وَلَا يَجِبُ (و) فِي الْإِعْتَاقِ بِعَوَضٍ، وَلَا فِي بَيْعِ (و) الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَا فِي الْإِعْتَاقِ مَجَانًا، وَفِي وَجُوبِ تَقْدِيمِهِ عَلَى وَقْتِ الْعَتَقِ وَجِهَانِ، وَيَكْفِي أَقْلٌ مَا يُتَمَوَّلُ. وَقِيلَ: بَلْ مَا يَلِيْقُ بِالْحَالِ، إِلَّا أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ الْإِيْتَاءِ، فَتَكُونُ الزِّيَادَةُ فِي التَّرَكَةِ؛ كَوَصِيَّةٍ يُضَارِبُ بِهَا الْوَصَايَا، لَا كَذَبِي^(١).

وَلَوْ بَقِيَ مِنَ الثُّجُومِ قَدْرٌ لَا يُقْبَلُ فِي الْإِيْتَاءِ أَقْلٌ مِنْهُ، إِذَا قُلْنَا: يَجِبُ أَكْثَرُ مِمَّا يُتَمَوَّلُ، فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ تَعْجِيزُهُ، وَلَا يَخْصُلُ التَّقَاصُ؛ لِأَنَّ الْإِيْتَاءَ يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ مَالِ الْكِتَابَةِ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِهِ، فَلَوْ عَدَلَ إِلَى غَيْرِ جِنْسِهِ، فَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعَبُّدًا؛ كَمَا فِي الزَّكَاةِ^(٢).

(الثَّانِيَّةُ): لَوْ عَجَّلَ الثُّجُومَ قَبْلَ الْمَحَلِّ، أُجِبَ عَلَى الْقَبُولِ؛ كَمَا لَوْ عَجَّلَ دَيْنًا بِهِ رَهْنٌ، وَفِي سَائِرِ الدُّيُونِ وَجِهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ ضَرَرٌ، أَوْ كَانَ وَقْتُ غَارَةِ، لَمْ يَجْزِ، فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ أَنْشِئَ فِي وَقْتِ الْغَارَةِ، فَوُجِّهَانِ، فَلَوْ كَانَ غَائِبًا، قَبِضَ الْقَاضِي عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَخْذُ؛ فَإِنَّهُ حَرَامٌ، أُجِبَ عَلَى الْقَبُولِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ، وَلَكِنْ هَلْ يُتَنَزَّعُ مِنْ يَدِهِ بَعْدَ الْقَبُولِ؛ لِأَجْلِ إِقْرَارِهِ؟ فِيهِ وَجِهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُتَنَزَّعُ وَيُحْفَظُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ يُسَلَّمُ إِلَى مَالِكِهِ، إِنْ أَقَرَّ لِمَالِكٍ مُعَيَّنٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُتَنَزَّعُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ، وَيَنْفَعُهُ تَصَرُّفُهُ، إِذَا كَذَّبَ نَفْسَهُ، وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ إِنْ عَجَلْتُ بَعْضَ الثُّجُومِ، فَقَدْ أَتَرَأْتُكَ عَنِ الْبَاقِي (ح)؛ لَمْ يَصِحَّ (ح و) الْإِبْرَاءُ، وَلَوْ عَجَلَ الْبَعْضُ؛ بِشَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ (ح و) الْأَدَاءُ، فَإِنْ وَفَّى السَّيِّدُ، وَأَبْرَأَ، فَهَلْ يَنْقَلِبُ الْقَبْضُ صَحِيحًا بِرِضَا السَّابِقِ الْمُعْلَقِ عَلَى الْأَدَاءِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَنْشَأَ رِضًا جَدِيدًا، فَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَنْقَلِبُ مِنْ حِينِهِ؛ لِأَنَّ دَوَامَ الْقَبْضِ كَأَيْدَائِهِ.

(الثَّالِثَةُ): لِعَتْدُرِ الثُّجُومِ خَمْسَةَ أَسْبَابٍ:

(الأوَّلُ): إِذَا أَقْلَسَ بِجَمِيعِهَا أَوْ بَعْضِهَا، فَلَهُ فَسْخُ الْكِتَابَةِ، وَيُسَلَّمُ لَهُ مَا أَخَذَ إِلَّا مَا كَانَ مِنْ

(١) قال الرافعي: «وقيل بل ما يليق بالحال إلى أن يموت قبل الإيتاء، فتكون الزيادة في التركة كوصية يضارب بها الوصايا لا كدين» هذا وجه، والظاهر أن ما يحكم بوجوبه على ما فيه من الاختلاف بمثابة الديون يقدم على الوصايا. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو عدل إلى غير جنسه ففيه وجه أن لا يجوز تعبدًا كما في الزكاة» قد يفهم من هذا الإيراد ترجيح الجواز، والمراد من الجواز أنه يجبر المكاتب على قبوله والظاهر الذي أورده الأكثرون أنه لا يجبر فإن رضي بغير الجنس جاز بلا خلاف. [ت]

الصَّدَقَةُ؛ فَيَجِبُ (و) رَدُّهَا عَلَى مَالِكِهَا، وَلَيْسَ هَذَا الْفَسْخُ عَلَى الْفَوْرِ، بَلْ لَهُ التَّأْخِيرُ، وَلَا يَلْزَمُهُ الْإِنْتِظَارُ إِلَّا بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ الْمَالُ مِنَ الْمَخْزَنِ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا، فَلَهُ الْفَسْخُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عُرُوضٌ لَا يُشْتَرَى إِلَّا فِي زَمَانٍ، فَلَهُ الْفَسْخُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ.

(الثاني): إِذَا غَابَ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، فَلَهُ الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ (و) حَاجَةٍ إِلَى الرَّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ يَأْذِنُهُ بَعْدَ الْمَحَلِّ، فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ؛ حَتَّى يُخْبِرَهُ مُخْبِرٌ؛ أَنَّهُ قَدْ نَدِمَ عَلَى الْإِنْتِظَارِ، فَإِنْ قَصَرَ فِي الْإِيَابِ، فَلَهُ الْفَسْخُ.

(الثالث): أَنْ يَمْتَنِعَ مَعَ الْقُدْرَةِ، فَلَهُ الْفَسْخُ؛ إِذِ الْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ (ح م) مِنْ جَانِبِ الْعَبْدِ، وَلَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ (ح م)، وَأَنْ يَفْسَخَ (و)، مَهْمَا شَاءَ.

(الرابع): إِذَا جُنَّ الْعَبْدُ، وَقُلْنَا: لَا يَنْفَسَخُ، فَلَهُ الْفَسْخُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ؛ لِيَتَنَقَّى إِنْ رَأَى الْمَضْلَحَةَ لَهُ فِي الْحُرِّيَّةِ، وَلِلْسَّيِّدِ أَيْضًا أَنْ يَسْتَقِيلَ بِأَخْذِ الثُّجُومِ، إِذْ تَمَكُّبُهُ مِنْ هَذَا أَوْلَى مِنْ مَنَعِهِ؛ حَتَّى يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ الْمَالَ مَجَانًا.

(الخامس: المَوْتُ)، وَتَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ، وَإِنْ خَلَفَ (ح م) وَفَاءً؛ لَتَعْدُرِ الْعِنْتِ. (فَرَعُ): لَوْ كَانَ اسْتَسْخَرَ الْمَكَاتِبَ شَهْرًا^(١)، وَعُرِّمَ الْأَجْرَةَ؛ فَيَلْزَمُهُ إِنْتِظَارُ شَهْرِ بَعْدَ الْمَحَلِّ، فَعَسَاهُ يَكْتَسِبُ مَالًا.

وَقِيلَ: لَهُ تَعْجِيزُهُ مِنْ غَيْرِ إِنْتِظَارٍ.

(الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: فِي أَرْدِحَامِ الدُّيُونِ)، وَلَهُ صَوْرٌ:

(الأولى): إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلَّا لِلْسَّيِّدِ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُعَامَلَةً مَعَ الثُّجُومِ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا فِي يَدِهِ بِالذَّيْنِ، وَيُعْجِزَهُ، إِذَا لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا مَا يَبْقَى بِأَحَدِهِمَا، وَإِنْ أَرَادَ تَعْجِيزَهُ قَبْلَ إِخْلَاءِ يَدِهِ عَنِ الْمَالِ يَأْخُذُهُ بِالذَّيْنِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

(الثانية): أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ لِلْأَجَانِبِ دَيْنٌ مُعَامَلَةً، وَأَرِشُ جَنَائِيَّةٍ، فَقَوْلَانِ:

النَّصُّ؛ أَنْ يُوْرَعَ مَا فِي يَدِهِ عَلَيْهِمْ إِنْ ضَاقَ عَنْ جَمِيعِهِمْ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَهُ مُتَعَلِّقٌ بِالرَّقَبَةِ، ثُمَّ الْأَرْضُ يُقَدَّمُ عَلَى الثُّجُومِ كَمَا يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْمَالِكِ، هَذَا إِذَا كَانَ قَدْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِالتَّمَسَّاسِ الْغُرْمَاءِ، فَأَمَّا قَبْلَ الْحَجْرِ، فَلَهُ أَنْ يُقَدَّمَ مَنْ أَرَادَ مِنْهُمْ.

(الثالثة): أَنْ يُعْجِزَ نَفْسَهُ، وَعَلَيْهِ أَرِشٌ وَدَيْنٌ مُعَامَلَةً، فَقَدْ سَقَطَ الثُّجُومُ، وَمَا فِي يَدِهِ يُوْرَعُ عَلَى الدَّيْنَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ.

وَقِيلَ: يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِيَرْجَعَ الْأَرْضُ إِلَى الرَّقَبَةِ.

(١) قال الرافعي: «ولو كان استسخر المكاتب شهراً إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأصح الثاني [ت].

وَقِيلَ: يُؤَخَّرُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ رَضِيَ بِذِمَّتِهِ.

ثُمَّ لِمُسْتَحِقِّ الْأَرْضِ تَعْجِيزُ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يَبِيعَ رَقَبَتَهُ، فَلَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ؛ لَتَبَقِيَ الْكِتَابَةُ، فَالْصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يَجِبُ قَبُولُهُ^(١)، وَأَمَّا صَاحِبُ دَيْنِ الْمُعَامَلَةِ، فَلَيْسَ لَهُ التَّعْجِيزُ؛ إِذْ لَا (ح و) يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِالرَّقَبَةِ، وَلَوْ كَانَ لِلْسَّيِّدِ دَيْنٌ مُعَامَلَةٌ، فَلَا يُضَارِبُ (و) الْغُرْمَاءَ بِالنَّجْمِ، وَيُضَارِبُ (و) يَدَيْنِ الْمُعَامَلَةِ.

(الْمَسْأَلَةُ الْخَامِسَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْدًا، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِقَبْضِ نَصِيبِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ كَالْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَى أَحَدِهِمَا جَمِيعَ النُّجُومِ، لَمْ يُعْتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَقِيلَ: يُعْتَقُ نَصِيبُ الْقَائِضِ.

وَلَوْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِتَقْدِيمِ الْآخَرِ بِنَصِيبِهِ، فَقَبَضَ، فَهَلْ يُعْتَقُ نَصِيبُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٢).

(فَرَعَ): لَوْ أَدَّعَى أَنَّهُ وَفَاهُمَا النُّجُومَ، فَصَدَّقَ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَ الْآخَرُ، وَحَلَفَ، فَلَهُ (و) أَنْ يُشَارِكَ الْمُصَدِّقُ فِيمَا أَقَرَّ بِقَبْضِهِ، وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْمُكَاتَبَ، إِنْ شَاءَ، بِتَمَامِ نَصِيبِهِ، ثُمَّ لَا يَزِجُ الْمُصَدِّقُ عَلَى الْمُكَاتَبِ فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ، وَلَا الْمُكَاتَبُ عَلَى الْمُصَدِّقِ.

(الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ): لَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ بِشَرْطِ أَنْ يَتَكَفَّلَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِ الْآخَرِ، فَسَدَ (ح م و) الْعَقْدُ، وَلَوْ تَكَفَّلَ بِغَيْرِ شَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ النُّجُومَ لَيْسَتْ بِإِلَازِمَةٍ، فَكَيْفَ تُضْمَنُ، وَلَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِ نُجُومِ الثَّانِي، وَقُلْنَا: لَا يَجُوزُ التَّبَرُّعُ مَعَ الْإِذْنِ، فَلِلْمُؤَدِّي أَنْ يَسْتَرِدَّ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ، وَالنَّصْرُ أَنَّهُ لَا يَسْتَرِدُّ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا عَنْ أَرْضِ جَنَائِيَةٍ، ثَبَّتَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ، وَقُلْنَا: لَا يَصِحُّ فَلَهُ طَلْبُهُ بَعْدَ الْعِتْقِ.

وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ^(٣) مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّ تَبَرُّعَ الْمُفْلِسِ، إِذَا لَمْ يَنْفُذْ لِأَجْلِ الدَّيْنِ، فَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِالْإِبْرَاءِ، فَهَلْ يَنْفُذُ الْآنَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

(فَرَعَ): لَوْ كَانَا مُتَّفَاعَيْنِ الْقِيَمَةَ، فَقَالَ الْخَسِيسُ: أَدَيْنَا النُّجُومَ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ، وَقَالَ الْآخَرُ بَلْ عَلَى قَدْرِ النُّجُومِ، وَكَانَا قَدْ جَاءَا بِهِ مَعًا، فَالْصَّحِيحُ (و) أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي الْاِسْتِوَاءَ؛ لِأَنَّهُ فِي أَيْدِيهِمَا.

(الْمَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ): فِي التَّرَاعِ، وَلَهُ صَوْرٌ:

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «فَلَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ لَتَبَقِيَ الْكِتَابَةُ، فَالْصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ قَبُولُهُ» الظَّاهِرُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَجِبُ، وَيَمْتَنِعُ عَلَيْهِ التَّعْجِيزُ [ت].

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلَوْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِتَقْدِيمِ الْآخَرِ بِنَصِيبِهِ فَقَبَضَ فَهَلْ يُعْتَقُ نَصِيبُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ» الْمَشْهُورُ قَوْلَانِ [ت].

(٣) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «فَلَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِ نَجُومِ الثَّانِي، وَقُلْنَا: لَا يَجُوزُ التَّبَرُّعُ مَعَ الْإِذْنِ. . . إِلَى قَوْلِهِ وَقِيلَ: فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ» أَطْلَقَ بَعْضُهُمْ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَيْنِ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِلنَّصِينِ [ت].

(إحداها): أَنْ يَخْتَلَفَ السَّيِّدُ وَالْعَبْدُ فِي أَصْلِ الْكِتَابَةِ أَوْ أَصْلِ الْأَدَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ، وَتَثْبُتْ دَعْوَى الْعَبْدِ بِشَاهِدٍ وَأَمْرَاتَيْنِ فِي الْأَدَاءِ، وَهَلْ تَثْبُتْ دَعْوَى الْكِتَابَةِ وَدَعْوَى النِّجْمِ الْأَخِيرِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ الْعِتْقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(١).

(الثَّانِيَةُ): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الثُّجُومِ، أَوْ الْأَجَلِ، أَوْ جِنْسِ الثُّجُومِ، تَحَالَفًا وَتَفَاسُخًا، وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ قَدْ حَصَلَ بِالْإِتِّفَاقِ، فَفَائِدَةُ الْفَسْخِ الرُّجُوعُ إِلَى قِيَمَةِ الرَّقَبَةِ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ مُكَاتَبُهُ، وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ مُغْتَقَةٍ، فَقَالَ: عَتَقَ قَبْلَ الْمَوْتِ، وَجَرَّ إِلَيَّ وَلَاءٌ وَلَدُهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَوْلَايَ الْأُمِّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْوَلَاءِ لَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ): كَاتَبَ عَبْدَيْنِ وَأَقَرَّ بِأَنَّهُ قَبَضَ ثُجُومَ أَحَدِهِمَا، وَنَكَلَ عَنِ دَعْوَى الثَّانِي؛ حَتَّى حَلَفَ الثَّانِي، عَتَقَ الْعَبْدَانِ جَمِيعًا، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، حَلَفَ الْوَارِثُ عَلَى نَفْسِ الْعِلْمِ بِمَا عَمَّاهُ الْمَوْرَثُ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَلَا يُقْرَعُ؛ عَلَى قَوْلٍ؛ لِأَنَّهُ اسْتَنْهَاهُمْ فِي دَيْنٍ^(٢).

(الْحُكْمُ الثَّلَاثُ): حُكْمُ التَّصَرُّفَاتِ: إِمَّا مِنَ السَّيِّدِ أَوْ مِنَ الْعَبْدِ، أَمَّا السَّيِّدُ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ رَقَبَةً الْمُكَاتَبِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ.

وَفِي الْقَدِيمِ: يَبِيعُهُ وَيَتَقَى مُكَاتَبًا، وَلَا يَبِيعُ الثُّجُومَ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ دَيْنٍ غَيْرَ لَازِمٍ، وَفِي الْأَسْتِئْذَالِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَلَوْ قَبَضَ مُشْتَرِي الثُّجُومِ الثُّجُومَ، فَهَلْ يَعْتِقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٣)؛ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَعْتِقُ، وَكَانَ الْمُشْتَرِي وَكِيلَهُ، فَيَرُدُّ عَلَيْهِ، وَلَهُ مُعَامَلَةُ الْعَبْدِ بِالْبَيْعِ أَوْ الشِّرَاءِ وَأَخِذَ الشُّفْعَةِ مِنْهُ؛ وَكَذَلِكَ أَخَذَ الْعَبْدُ مِنْهُ، فَإِنْ ثَبَتَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ مِثْلُ الثُّجُومِ قَدْرًا وَجِنْسًا، وَقُلْنَا: يَقَعُ بِنَفْسِهِ التَّقَاصُ، فَيَعْتِقُ.

لَكِنْ فِي تَقَاصِ الدَّيْنَيْنِ الْمُتَسَاوِيَيْنِ أَزْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ لَا يَحْصُلُ، وَإِنْ رَضِيَاهُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَحْصُلُ إِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا.

(وَالرَّابِعُ): أَنَّ التَّقَاصَ يَقَعُ بِنَفْسِهِ دُونَ الرِّضَا.

(١) قال الرافعي: «ودعوى النجم الأخير الذي يتعلق به العتق فيه وجهان» مذكور مرة في «الشهادات» [ت].

(٢) قال الرافعي: «وإن مات قبل البيان حلف الوارث على نفي العلم... إلى آخر القولين في القرعة» الذي ذكره الأكثرون في المسألة أن في قيام الوارث مقامه قولين أحدهما: لا يقوم، بل يقرع فإن خرجت له القرعة فهو حرٌّ وعلى الآخر أداء النجوم، وله أن يحلف الوارث على نفي العلم والثاني: أنه يقوم مقام الوارث ولا قرعة فإن قال الوارث لا أعلم من أدى، فلكل واحد تحليفه، فإذا حلف ففي وجه يستوفي من كل واحد ما عليه والأصح أنه يقرع بينهما [ت].

(٣) قال الرافعي: «فلو قبض مشتري النجوم فهل يعتق؟ فيه وجهان» المشهور قولان [ت].

فَإِنْ أَجْرُنَا التَّقَاصُّ فِي التَّقْدِينِ، فَفِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَجْهَانِ، وَفِي الْعُرُوضِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَلَوْ أَوْصَى بِرَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يُضَيَّفَ إِلَى حَالَةِ الْعَجْزِ، فَيَصِحَّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَوْصَى بِالثُّجُومِ جَازٍ مِنَ الثَّلَثِ، وَلِلْوَارِثِ تَعْجِيزُهُ، وَإِنْ أَنْظَرَ الْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ، فِلِلْمُوصَى لَهُ تَعْجِيزُهُ عَنِ الْعَجْزِ، وَإِنْ أَنْظَرَ الْوَارِثَ، وَلَوْ قَالَ: ضَعُوا عَنِ الْمُكَاتَبِ مَا شَاءَ، فَشَاءَ الْكُلُّ، لَمْ يُوضَعْ الْكُلُّ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، بَلْ يَبْقَى شَيْءٌ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: ضَعُوا مِنْ كِتَابَتِهِ مَا شَاءَ.

(أَمَّا تَصَرُّفَاتُ الْمُكَاتَبِ)، فَهَوَّ فِيهِ كَالْحُرِّ إِلَّا مَا فِيهِ تَبَرُّعٌ أَوْ خَطَرٌ؛ فَلَا يَنْفَذُ عِتْقَهُ، وَهَبَتُهُ، وَشِرَاؤُهُ قَرِيبَهُ بِالْمُحَابَاةِ، وَبَيْعُهُ بِالْعَبْنِ، وَلَا يَبِيعُ بِالنِّسِيَةِ، وَلَا يَرْفَعُ الْيَدَ عَنِ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ، وَلَا يُكَاتِبُ، وَلَا يَتَزَوَّجُ، وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدَهُ، وَلَا يَتَسَرَّى؛ خَوْفًا مِنْ طَلَاقِ الْجَارِيَةِ، وَلَا يَتَّهَبُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا؛ خَوْفًا مِنَ الثَّقَفَةِ، وَالْمُكَاتَبَةُ لَا تَتَزَوَّجُ، وَلَا تُكْفَرُ إِلَّا بِالصِّيَامِ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِنْ جَرَى بِإِذْنِ السَّيِّدِ، فَفِي الثُّقُودِ قَوْلَانِ، إِلَّا الْعِنَقَ، فَوَيْهِ طَرِيقَانِ:

(أَحَدُهُمَا): طَرْدُ الْقَوْلَيْنِ.

(وَالثَّانِي): الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ؛ لِإِشْكَالِ الْوَلَاءِ، فَإِنْ نَقَذْنَا، فَفِي الْوَلَاءِ قَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لِلْسَّيِّدِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ مَوْقُوفٌ حَتَّى يَعْتِقَ الْمُكَاتَبُ يَوْمًا، فَيَكُونُ لَهُ^(١). فَإِنْ مَاتَ رَقِيقًا اسْتَقَرَّ عَلَى السَّيِّدِ، وَلَوْ مَاتَ الْعَتِيقُ فِي مَدَّةِ التَّوَقُّفِ، فَمِيرَاثُهُ لِلْسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلِ:

وَلَبِيتَ الْمَالِ؛ فِي قَوْلِ^(٢).

وَكِتَابَةُ عَبْدِهِ كِإِعْتَاقِهِ فِي الثُّقُودِ وَفِي الْوَلَاءِ.

وَلَوْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ، صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ، رَجَعَ إِلَى السَّيِّدِ وَعَتَقَ عَلَيْهِ، وَالْقِسْ لَوْ قَبِلَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ، وَقُلْنَا: يَنْفَذُ قَبُولُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَنْفَذْ هَهُنَا، إِنْ خِيفَ وَجُوبُ الثَّقَفَةِ فِي الْحَالِ، وَإِنْ لَمْ يَخَفْ بِأَنْ كَانَ كَسُوبًا، نَفَذَ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْسَّيِّدِ رَدُّهُ، وَهَلْ لَهُ رَدُّ غَيْرِهِ مِمَّنْ يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ رَدُّهُ، فَيَنْدَفِعُ الْمِلْكُ مِنَ الْأَصْلِ، أَوْ يَنْقَطِعُ مِنْ حَبِينِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ اسْتَوْلَدَ الْمُكَاتَبُ جَارِيَتَهُ، فَوَلَدُهُ مُكَاتَبٌ عَلَيْهِ، أَيُّ يَعْتِقُ بِعِتْقِهِ، وَيَرِثُ بِرُثِّهِ، وَهَلْ تَصِيرُ أُمُّ الْوَلَدِ مُسْتَوْلَدَتُهُ، إِذَا عَتَقَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

(١) قال الراعي: «والثاني أنه موقوف حتى يعتق المكاتب يومًا، فيكون له» أشار بهذا إلى ما ذكره الإمام أنه إن عجز ورُقَّ يبقى التوقف، لأنه يرتقب عتقه من وجوه أخر، والأظهر أنه إذا عجز ورُقَّ يكون الولاء للسيد، ولا يوقف حتى يعتق يومًا من الدهر، أو يموت رقيقًا، بل يوقف إلى أن يعتق بموجب الكتابة، أو يرق بالعجز، أو بالموت. [ت]

(٢) قال الراعي: «ولو مات العتيق في مدة التوقف فميراثه للسيد في قول وليت المال في قول» الظاهر قول ورائهما وهو أنه يوقف كما يوقف الولاء. [ت]

(الْحُكْمُ الرَّابِعُ حُكْمُ الْوَلَدِ)، وَفِي سِرَايَةِ الْكِتَابَةِ مِنَ الْمُكَاتِبَةِ إِلَى وَلَدِهَا الَّتِي تَلِدُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ مِنْ زِنَا أَوْ نِكَاحٍ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّذْيِيرِ إِلَّا أَنَّ هَذَا يَغْتَقِ بِعَتَقِ الْأُمِّ، وَوَلَدُ الْمُدْبِرَةِ لَا يَغْتَقِ بِعَتَقِهَا، بَلْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَهَذَا يَغْتَقِ بِعَتَقِ الْأُمِّ فِي (و) دَوَامِ الْكِتَابَةِ^(١)، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَحَقُّ الْمَلِكِ فِيهِ لِلْسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلِي؛ فَكَأَنَّهُ مُكَاتِبُهُ حَتَّى يُضْرَفَ إِلَيْهِ بَدَلُهُ، إِذَا قُتِلَ، يَنْفَعُ إِعْتَاقَهُ، وَيُضْرَفُ إِلَيْهِ كَسْبُهُ، مَهْمَا رَقَّ، وَيَلْزَمُهُ (و) نَفَقَتُهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ.

وَفِي قَوْلِي: هُوَ مِنْ كَسْبِ الْمُكَاتِبَةِ؛ فَيَكُونُ كَسَائِرَ عِبِيدِهَا، وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتِبِ مِنْ جَارِيَتِهِ، فَهُوَ كَسْبٌ لَهُ، قَوْلًا وَاحِدًا لَا يَنْفَعُ فِيهِ إِعْتَاقُ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَوْ جَنَى، لَمْ يَكُنْ (و) لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ؛ لِأَنَّ فِدَاءَهُ كَسِيرَاتِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَضَرُّفُهُ فِي وَلَدِهِ، بَلْ يُكَاتِبُ عَلَيْهِ.

(فَرَعٌ) إِذَا وَطِئَ السَّيِّدُ مُكَاتِبَتَهُ، فَقَدْ تَعَدَّى، وَلَكِنْ لَا حَدَّ (و) وَيَجِبُ الْمَهْرُ (و م) وَقِيمَةُ الْوَلَدِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّ وَلَدَهَا كَسْبُهَا، فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ بَعْدِ الْعَجْزِ وَالرَّقِّ، أَوْ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَلَا شَيْءَ لَهَا، ثُمَّ هِيَ مُسْتَوْلَدَةٌ وَمُكَاتِبَةٌ، فَإِنْ أَذَتْ الثُّجُومَ، عَتَقَتْ، وَإِلَّا عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

(الْحُكْمُ الْخَامِسُ: حُكْمُ الْجِنَايَةِ): فَإِذَا جَنَى عَلَى أَجْنَبِيٍّ، أَوْ عَلَى سَيِّدِهِ، يَلْزَمُهُ الْأَرْضُ، فَإِنْ زَادَ الْأَرْضُ (ح) عَلَى رَقَبَتِهِ، فَفِي وَجُوبِ الزِّيَادَةِ قَوْلَانِ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ، فَلَا يَبْقَى مُتَعَلِّقٌ سِوَى الرَّقَبَةِ، وَلَوْ جَنَى عَبْدٌ مِنْ عِبِيدِ الْمُكَاتِبِ، فَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتِبَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ، لَزِمَهُ الْفِدَاءُ؛ كَمَا لَوْ قَتَلَهُ، وَلَوْ جَنَى عَلَى السَّيِّدِ، فَأَعْتَقَهُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ يُطَالَبُ بِالْأَرْضِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَلَوْ جَنَى ابْنُ الْمُكَاتِبِ، فَلَا يَفْدِيهِ (و)، وَلَوْ جَنَى ابْنُهُ عَلَى عَبْدِهِ، فَهَلْ يَبِيعُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ (ح) الْمُكَاتِبُ قِصَاصًا عَلَى عَبْدِهِ أَوْ عَبْدٍ غَيْرِهِ، جَازَ لَهُ الْأَسْتِيفَاءُ.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَخْذُ الْأَرْضِ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ السَّيِّدُ بِالْقِصَاصِ.

وَلَوْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ، أَوْ عَلَى عَبْدِهِ، فَلِلْسَّيِّدِ الْقِصَاصُ، وَلَوْ قُتِلَ الْمُكَاتِبُ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ، وَلِلْسَّيِّدِ الْقِيَمَةُ.

(١) قال الراعي: «إلا أن هذا يعتق بعنق الأم إلى أن قال: وهذا يعتق بعنق الأم في دوام الكتابة» وهذا اللفظ الثاني مغني عن الأول. [ت]

(كِتَابُ عَتَقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ)

وَمَنْ أَسْتَوْلَدَ جَارِيَتَهُ، فَأَثَتْ بِوَلَدٍ، ظَهَرَ عَلَيْهِ خِلْقَةُ الْآدَمِيِّ، إِمَّا حَيًّا، وَإِمَّا مَيِّتًا، عَتَقَتْ (و) عَلَيْهِ، إِذَا مَاتَ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا قَبْلَ الْمَوْتِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ؛ وَكَذَا لَا يَبِيعُ وَلَدَهَا مِنْ زِنَا أَوْ نِكَاحٍ، إِذَا حَصَلَ بَعْدَ الْأَسْتِيلَادِ، وَيَغْتَفُونَ أَيْضًا بِمَوْتِهِ، وَلَهُ إِجَارَتُهَا وَأَسْتِخْدَامُهَا وَوَطْؤُهَا، وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِرِضَاهَا.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ (ح) بِرِضَاهَا أَيْضًا إِلَّا بِمُرَاجَعَةِ الْقَاضِي.

وَلَهُ أَرْضُ الْجَنَائَةِ عَلَيْهَا وَعَلَى أَوْلَادِهَا، وَمَنْ غَضَبَهَا، فَتَلَفَتْ فِي يَدِهِ، ضَمِنَهُ (ح)؛ لِأَنَّهَا كَالرَّقِيقَةِ إِلَّا فِي الْبَيْعِ.

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى إِقْرَارِهِ بِالْأَسْتِيلَادِ، وَحُكِمَ بِهِ، فَزَجَعَا، غُرْمًا بَعْدَ مَوْتِهِ لِلْوَرَثَةِ عِنْدَ عَتَقِهَا، وَلَمْ يُعْرَمَا فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُمَا مَا أَزَالَا إِلَّا سُلْطَنَةَ الْبَيْعِ، وَلَا قِيَمَةَ لَهُ.

(فَرَعَانِ):

(أَحَدُهُمَا): لَوْ نَكَحَ جَارِيَتَهُ، فَوَلَدَتْ وَلَدًا رَقِيقًا، ثُمَّ اشْتَرَاهَا، لَمْ تَصِرْ أُمَّ (ح ز)؛ وَلَدَ لَهُ، وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا آخَرَ فِي نِكَاحِ غُرُورٍ، أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا، فَهَلْ تُغْتَبَرُ مُسْتَوْلَدَةُ عَلَيْهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

(الثَّانِي): مُسْتَوْلَدَةُ أَسْتَوْلَدَهَا شَرِيكَانِ، ثُمَّ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: وَلَدْتُ أَوَّلًا مِنِّي، فَهِيَ مُسْتَوْلَدَتِي، فَقَدْ صَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً، فَإِنْ مَاتَا، عَتَقَتْ، وَالْوَلَاءُ مَوْقُوفٌ، وَإِنْ كَانَا مُغْسِرَيْنِ، فَيَنْصَفُ الْوَلَاءُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالْأَصْوَافِ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَأْبَ.

فهرس الجزء الثاني

٣٧	الفصل الخامس: في المتعة	٣	كتاب النكاح
٣٧	الباب الخامس: في التنازع	١١	بيان أحكام الأولياء
٣٨	باب الوليمة والنثر	١١	الباب الأول: في الأولياء
٤١	كتاب القسم والنشور	١١	الفصل الأول: في أسباب الولاية
٤١	الفصل الأول: فيمن يستحق القسم	١١	الفصل الثاني: في ترتيب الأولياء
٤٢	الفصل الثاني: في مكان القسم وزمانه	١٢	الفصل الثالث: في سوابب الولاية
٤٣	الفصل الثالث: في التفاضل	١٣	الفصل الرابع: في تولي طرفي العقد
٤٤	الفصل الرابع: في الظلم والقضاء	١٣	الفصل الخامس: في التوكيل
٤٤	الفصل الخامس: في المسافرة بهن	١٣	الفصل السادس: فيما يجب على الولي
٤٥	الفصل السادس: في الشقاق	١٤	الفصل السابع: في الكفاءة
٤٧	كتاب الخلع	١٤	الفصل الثامن: في تراحم الأولياء
٤٧	الباب الأول: في حقيقة الخلع	١٥	الباب الثاني: في المولى عليه
٤٩	الباب الثاني: في أركان الخلع	١٩	باب نكاح المشركات
٥١	الباب الثالث: في موجب الألفاظ المعلقة بالإعطاء	١٩	الفصل الأول: فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة
٥٢	الباب الرابع: في سؤال الطلاق	٢٠	الفصل الثاني: في زيادة العدد الشرعي
٥٥	الباب الخامس: في النزاع	٢٢	الفصل الثالث: في الاختيار
٥٦	كتاب الطلاق	٢٢	الفصل الرابع: في النفقة:
٥٦	الباب الأول: في السنة والبدعة	٢٩	كتاب الصداق
٥٩	الباب الثاني: في أركان الطلاق	٣٠	الباب الأول: في الصداق الصحيح
٥٩	الباب الثالث: في تعديد الطلاق	٣١	الباب الثاني: في الصداق الفاسد
٦٤	الفصل الأول: في نية العدد	٣٣	الباب الثالث: في المفوضة
٦٤	الفصل الثاني: في التكرار	٣٤	الباب الرابع: في التشطير
٦٤	الفصل الثالث: في الطلاق بالحساب	٣٤	الفصل الأول: في محله وحكمه
٦٥	الباب الرابع: الاستثناء	٣٤	الفصل الثاني: في التغييرات قبل الطلاق
٦٦	الباب الخامس: في الشك في الطلاق	٣٦	الفصل الثالث: في التصرفات المانعة للرجوع
٦٨	الشطر الثاني: من الكتاب في التعليقات	٣٦	الفصل الرابع: في هبة الصداق للزوج

٦٨	القسم الثاني من الكتاب: في عدة الوفاة والسكنى ١٠٤	٦٨	الفصل الأول في التعليق بالأوقات
٦٩	الباب الأول: في العدة ١٠٤	٦٩	الفصل الثاني: في التعليق بالتطليق ونفيه
٦٩	الباب الثاني: في السكنى ١٠٥	٦٩	الفصل الثالث: في التعليق بالحمل والولادة
٧٠	القسم الثالث من الكتاب: في الاستبراء ١٠٧	٧٠	الفصل الرابع: في التعليق بالحيض
٧٠	الفصل الأول: في قدره وحكمه وشرطه ١٠٧	٧٠	الفصل الخامس: في التعليق بالمشيئة
٧٤	الفصل الثاني: في السبب ١٠٧	٧٤	كتاب الرجعة
٧٤	الفصل الثالث: فيما تصير به الأمة فراشاً ١٠٨	٧٤	الفصل الأول: في أركانها
٧٥	كتاب الرضاع ١١٠	٧٥	الفصل الثاني: في أحكام الرجعية
٧٧	الباب الأول: في أركانه ١١٠	٧٧	كتاب الإيلاء
٧٧	الباب الثاني: فيمن يحرم من الرضاع ١١١	٧٧	الباب الأول: في أركانه
٨٠	الباب الثالث: في الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغرم ١١٢	٨٠	الباب الثاني: في أحكامه
٨٣	الباب الرابع: في النزاع ١١٣	٨٣	كتاب الظهار
٨٣	كتاب النفقات ١١٤	٨٣	الباب الأول: في أركانه
٨٤	السبب الأول النكاح ١١٤	٨٤	الباب الثاني: في أحكام الظهار
٨٧	الباب الأول في قدر النفقة وكيفيتها ١٢٤	٨٧	كتاب الكفارات
٩٠	الفصل الأول في واجبات النفقة ١١٤	٩٠	كتاب اللعان والنظر في القذف، ثم اللعان، وفي القذف
٩٠	الفصل الثاني: في كيفية الإنفاق ١١٥	٩٠	الباب الأول: في ألفاظ القذف وموجبها
٩٠	الباب الثالث: في الإعسار بالنفقة ١١٨	٩٠	الفصل الأول: في الألفاظ
٩١	السبب الثاني للنفقة والقرابة ١٢٠	٩١	الفصل الثاني: في موجب القذف
٩٢	الباب الأول: في أصل النفقة ١٢٠	٩٢	الباب الثاني: في قذف الأزواج خاصة
٩٢	الباب الثاني: في ترتيب الأقارب ١٢١	٩٢	الفصل الأول: فيما يبيح القذف ونفي النسب
٩٢	الباب الثالث: في الحضنة ١٢٢	٩٢	الفصل الثاني: في أركان اللعان
٩٤	الفصل الأول: في صفات الحاضنة ١٢٢	٩٤	الفصل الثالث: في فروع متفرقة
٩٦	الفصل الثاني: في اجتماع الخواصن ١٢٣	٩٦	الباب الثالث: في جوامع أحكام اللعان ونفي الولد
٩٨	كتاب الجراح ١٢٦	٩٨	كتاب العدة
٩٨	الفصل الثاني: في حكم القصاص ١٣٧	٩٨	الباب الأول: في عدة الحرائر والإماء
١٠٢	الباب الأول: في الاستيفاء ١٣٧	١٠٢	الباب الثاني: في تداخل العديتين

١٩٧	كتاب عقد الجزية والمهادنة	١٣٧	الفصل الأول: فيمن له ولاية الاستيفاء
١٩٧	الباب الأول: في الجزية	١٣٨	الفصل الثاني: في أن القصاص على الفور
٢٠٣	الباب الثاني: المهادنة	١٣٩	الفصل الثالث: في كيفية المماثلة
٢٠٦	كتاب الصيد والذبائح	١٤٠	الباب الثاني: العفو
٢١١	كتاب الضحايا	١٤٢	كتاب الديات
٢١٥	كتاب الأطعمة	١٤٢	القسم الأول: في الواجب
٢١٥	الفصل الأول: في حال الاختيار	١٤٢	الباب الأول: في النفس
٢١٦	الفصل الثاني: في حال الاضطرار	١٤٣	الباب الثاني: فيما دون النفس
٢١٨	كتاب السَّبَق والرَّمي	١٤٩	القسم الثاني: في الموجب
٢١٨	الباب الأول: في السَّبَق	١٥٢	القسم الثالث: فيمن عليه الدية
٢٢٠	الباب الثاني: في الرَّمي	١٥٥	القسم الرابع: في غرة الجنين
٢٢٤	كتاب الأيمان	١٥٧	باب كفارة القتل
٢٢٤	الباب الأول: في نفس اليمين	١٥٨	كتاب دعوى الدم
٢٢٥	الباب الثاني: في الكفارة	١٥٨	النظر الأول: الدعوى
٢٢٧	الباب الثالث: فيما يقع به الجُنْث	١٥٩	النظر الثاني: في القسامة
٢٣٢	كتاب التذور	١٦١	النظر الثالث: في إثبات الدم بالشهادة
٢٣٧	كتاب أدب القضاء	١٦٣	كتاب الجنائيات الموجبة للمعقوبات
٢٣٧	الباب الأول: في التولية والعزل	١٦٣	الجنابة الأولى: البغي
٢٣٧	الفصل الأول: في التولية	١٦٥	الجنابة الثانية: الرذة
٢٣٨	الفصل الثاني: في العزل	١٦٦	الجنابة الثالثة: الزنا
٢٣٩	الباب الثاني: في جامع آداب القضاء	١٧٠	الجنابة الرابعة: القذف
٢٣٩	الفصل الأول: في آداب متفرقة	١٧٠	الجنابة الخامسة: السرقة
٢٤٠	الفصل الثاني: في مستند قضائه	١٧٧	الجنابة السادسة: قطع الطريق
٢٤٠	الفصل الثالث: في التسوية	١٧٩	الجنابة السابعة: الشرب
٢٤١	الفصل الرابع: في التزكية	١٨٣	كتاب مَوْجِيات الضمان
٢٤١	الباب الثالث: في القضاء على الغائب	١٨٨	كتاب السَّير
٢٤٥	الباب الرابع: في القسمة	١٨٨	الباب الأول: في وجوب الجهاد
٢٤٨	كتاب الشهادات	١٨٩	الباب الثاني: في كيفية الجهاد
		١٩٤	الباب الثالث: في ترك القتال بالأمان

٢٦٧	باب دعوى النسب	٢٤٨	الباب الأول: فيما يقيد أهلية الشهادة
٢٧٠	كتاب العتق	٢٥٠	الباب الثاني: في العدد والذكورة
٢٧٧	كتاب التدبير	٢٥١	الباب الثالث: في مستند علم الشاهد
٢٨٠	كتاب الكتابة	٢٥٢	الباب الرابع: في الشاهد واليمين
٢٩٠	كتاب عتق أمهات الأولاد	٢٥٣	الباب الخامس: في الشهادة على الشهادة
٢٩٣	فهرس الموضوعات	٢٥٧	كتاب الدعاوى والبيئات